

Der Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen

Gemäss Art. 59 StGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines doctor iuris utriusque
an der Juristischen Fakultät der Universität Bern

Eingereicht von
Hans Haemmerli
Fürsprecher
von Engi (Kt. Glarus)

Buchdruckerei Merkur AG, Langenthal 1950

Der Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen

Gemäss Art. 59 StGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines doctor iuris utriusque
an der Juristischen Fakultät der Universität Bern

Eingereicht von
Hans Haemmerli
Fürsprecher
von Engi (Kt. Glarus)



Die juristische Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 15. Dezember 1949 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Max Waiblinger als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Meinen Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	VII
Material	X
Einleitung	1

I. Teil:

Der Verfall

I. Kapitel: Wesensmerkmale des Verfalls	3
I. Der Zweck des Art. 59 StGB	3
II. Wesensmerkmale des Verfalls	5
II. Kapitel: Die rechtliche Natur des Verfalls	6
I. Die Einziehung als Nebenstrafe am Vermögen	6
II. Die polizeiliche Einziehung	7
III. Die sog. zivilrechtliche Einziehung	9
IV. Die rechtliche Natur des Verfalls gemäss Art. 59 StGB	9
III. Kapitel: Die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates	11
I. Dinglich oder obligatorisch?	11
II. Das Verfahren zur Verfallserklärung	12
III. Entstehung von Gesetzes wegen oder kraft der Verfallserklärung?	16
IV. Vollstreckbarkeit und Vollstreckung des Verfallsentscheides	18
IV. Kapitel: Der Uebergang der privaten dinglichen Rechte am Verfallsobjekt auf den Staat	20

II. Teil:

Art. 59 Abs. 1 StGB

I. Kapitel: Voraussetzungen des Verfalls	22
I. Titel: Die Zuwendung	22
I. Das Zuwenden	22
II. Der Zuwender	23

III. Der Zuwendungsempfänger	23
IV. Das Zuwendungsobjekt	25
II. Titel: Das Bestimmen der Zuwendung, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen	29
I. Das Bestimmen	29
II. Die strafbare Handlung	31
III. Das Veranlassen	31
IV. Das Belohnen	33
II. Kapitel: Die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates	33
I. Der dingliche öffentlichrechtliche Herausgabeanspruch	34
II. Der öffentlichrechtliche Anspruch auf den Wert	37
III. Kapitel: Die privaten dinglichen Rechte am Zuwendungsobjekt	39

III. Teil:

Art. 59 Abs. 2 StGB

I. Kapitel: Voraussetzungen des Verfalls	42
I. Titel: Die Aneignung des Gegenstandes durch eine strafbare Handlung	42
I. Die Aneignung	42
II. Der angeeignete Gegenstand	47
III. Die strafbare Handlung	48
II. Titel: Der Eigentümer kann während fünf Jah- ren seit der amtlichen Bekanntmachung nicht festgestellt werden	49
I. Die amtliche Bekanntmachung	50
II. Die Frist von fünf Jahren	51
III. Der Eigentümer kann nicht festgestellt werden	52
II. Kapitel: Die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates	52
III. Kapitel: Die privaten dinglichen Rechte am angeeigneten Gegen- stand	54

IV. Teil:

Die Verwendung der verfallenen Zuwendungen und Gegenstände	56
---	----

V. Teil:

Weitere Bestimmungen und Institute zur Ausgleichung des auf Grund eines Deliktes erlangten unrechtmässigen Vorteils	59
I. Das eidgenössische Recht	60
II. Das kantonale Recht	63

VIII

LITERATUR UND MATERIAL

(Abkürzungen in Klammern; a = Anmerkung)

I. Literatur

- Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (StenBull; NR = Nationalrat, StR = Ständerat). Von der Frühjahrssession 1928 bis zur Wintersession 1937 Zitierungen gemäss Sonderausgabe. Die erste Zahl gibt die Jahreszahl, die zweite die Seitenzahl an.
- Baumann Ernst, «Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht», Diss. Zürich 1907.
- Beling Ernst, «Grundzüge des Strafrechts», 11. Auflage, Tübingen 1930.
- Berner Albert Friedrich, «Lehrbuch des deutschen Strafrechtes», 18. Auflage, Leipzig 1898.
- Binding Karl, «Grundriss des deutschen Strafrechts», Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Leipzig 1907 (Grundriss).
- «Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts», Besonderer Teil, 1. Band, 2. Auflage, Leipzig 1902, und 2. Band, 2. Abteilung, Leipzig 1905 (Lehrbuch).
- «Die Normen und ihre Uebertretung», 2. Band, 2. Hälfte, 2. Auflage, Leipzig 1916 (Normen).
- Böhler Arthur, «Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht», Diss. Zürich 1945.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches (vom 23. Juli 1918) (Botschaft).
- van Calcker Fritz, «Grundriss des Strafrechts», München, Berlin und Leipzig 1916.
- Clerc François, «Grundzüge des schweizerischen Strafrechts», Allgemeiner Teil, ins Deutsche übertragen von Steck Eduard, Basel 1943 (Clerc/Steck).
- Comtesse Frédéric Henri, «Das schweizerische Militärstrafgesetz», Zürich 1946.

- Entscheide der kriegswirtschaftlichen Strafgerichte, 3. Band, Zürich (EKWStrG).
- Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (BGE).
- Erni Hans, «Die Veruntreuung (Art. 140 StGB)», Diss. Zürich, Bern 1943.
- Finger August, «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», 1. Band, Berlin 1904.
- Frank Reinhard, «Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich», 18. Auflage, Tübingen 1931.
- Germann O. A., «Das Verbrechen im neuen Strafrecht», Zürich 1942.
- Giacometti Z., «Schweizerisches Bundesstaatsrecht», Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fleiner Fritz, Zürich 1949 (Fleiner/Giacometti).
- «Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts», Habilitationsschrift Zürich, Tübingen 1924.
- Goldschmidt J., «Strafen und verwandte Massregeln», in «Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts», Allgemeiner Teil, 4. Band, Berlin 1908.
- Hälschner Hugo, «Das gemeine deutsche Strafrecht», 2. Band, Bonn 1881.
- Haftner Ernst, «Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts», Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1946 (Haftner I).
- «Schweizerisches Strafrecht», Besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937 (Haftner II).
- Heinze, «Die Strafe der Konfiskation nach den neueren deutschen Gesetzgebungen», in «Archiv für preussisches Strafrecht», herausgegeben durch Goldammer, 5. Band, Berlin 1857.
- Hiller Rudolf, «Der Diebstahlsbegriff, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Strafrechts», Diss. Bern, Zürich 1915.
- von Hippel Robert, «Lehrbuch des Strafrechts», Berlin 1932.
- Hösterey Friedrich, «Einziehung und Enteignung», Diss. Bonn, Hagen-Vorhalle 1932.
- Hunziker Roy Hermann, «Die Beschlagnahme im bernischen Strafverfahren», Diss. Bern 1940.
- Köhler August, «Deutsches Strafrecht», Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
- Köstlin C. Reinhold, «System des deutschen Strafrechts», Allgemeiner Teil, Tübingen 1855.
- Kraft Egon, «Die Bestechung im schweizerischen Recht», Diss. Bern 1929.
- Leipziger Kommentar, 5. Auflage, Allgemeiner Teil von Lobe Adolf, Berlin und Leipzig 1933.
- Leuch G., «Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern», 2. Auflage, Bern 1937.
- von Liszt Franz, «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1919.

- Logoz Paul, «Commentaire du Code Pénal Suisse», Partie générale (art. 1 — 110), Neuenburg 1939.
- Merkel A., «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», Stuttgart 1889.
- Meyer Hugo, «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», umgearbeitet von Allfeld Philipp, 6. Auflage, Leipzig 1907 (Meyer/Allfeld).
- Mezger Edmund, «Deutsches Strafrecht», Berlin 1938.
- Moser Rudolf, «Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag», Diss. Zürich 1940.
- Müller Justin, «Die Tragweite des Art. 66 OR», Diss. Freiburg 1941.
- Nawiaskey Hans, «Allgemeine Rechtslehre», Einsiedeln/Köln 1941.
- Peter Walter, «Die Bestechung im schweizerischen Strafrecht, Art. 288, 315/6 StGB, Art. 141—143 MStGB», Diss. Zürich 1946.
- Petrzilk Werner, «Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch», Zürich 1942.
- Prager Peter, «Der qualifizierte Diebstahl (Art. 137 Ziff. 2 StGB)», Diss. Bern, Zürich 1946.
- Protokoll der zweiten Expertenkommission. 1912 bis 1920 (Prot.).
- Rauh Moritz Friedrich, «Die Vermögensstrafen des Reichsstrafrechts und ihre Reform», Diss. Würzburg, Breslau 1912.
- von Redwitz Josef, «Die polizeilichen Massregeln des Reichstrafgesetzbuches und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen», Diss. Würzburg, Breslau 1909.
- Ruck Erwin, «Schweizerisches Verwaltungsrecht», Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1939.
- Schönke Adolf, «Strafgesetzbuch», 3. Auflage, München und Berlin 1947.
- Schoetensack August, «Der Konfiskationsprozess», Leipzig 1905.
- Schwarz Otto, «Strafgesetzbuch», 2. Auflage, München und Berlin 1934.
- Schweizerische Juristenzeitung (SJZ).
- Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SZfStrR).
- von Seeler Georg, «Die Einziehung nach dem Reichsstrafgesetzbuch», Diss. Würzburg, Bonn 1918.
- Seuffert Hermann, in «Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts», herausgegeben von Stengel Karl, 1. Band, S. 310 ff., Freiburg i. B. und Leipzig 1894.
- Stooss Carl, «Zur Natur der Vermögensstrafen», Diss. Bern 1878.
- Thormann Philipp und von Overbeck Alfred, «Das Schweizerische Strafgesetzbuch», 1. Band, (Allgemeine Bestimmungen), Zürich 1940, 2. Band (Besondere Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes), Zürich 1941.
- von Tuhr Andreas, «Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts», 2. Auflage, herausgegeben von Siegwart Alfred, 1. Halbband, Zürich 1942.

- Vorberg Axel, «Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht», Diss. Rostock 1895.
- Vorentwurf von 1903 zu einem Bundesgesetz betreffend die Einführung des schweizerischen StGB.
- Wachenfeld Friedrich, «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», München 1914.
- Waiblinger Max, «Das Strafverfahren für den Kanton Bern», Langenthal 1937.
- Wehrli Herbert A., «Die Bestechungsdelikte im geltenden deutschen, französischen und schweizerischen Strafrecht, unter Berücksichtigung des schweizerischen Vorentwurfs 1918», Diss. Leipzig 1920.
- Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJV).

II. Material

- Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (vom 15. Juni 1934) (BStP).
- Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (vom 16. Dezember 1943) (OG).
- Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11. April 1889) (SchKG).
- Bundesratsbeschluss über das kriegswirtschaftliche Strafrecht und die kriegswirtschaftliche Strafrechtspflege (vom 17. Oktober 1944) (BRB vom 17. 10. 1944).
- Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern (vom 20. Mai 1928).
- Militärstrafgesetz. Bundesgesetz vom 13. Juni 1927 (MStGB).
- Schweizerisches Obligationenrecht (vom 30. März 1911/18. Dezember 1936) (OR).
- Schweizerisches Strafgesetzbuch (vom 21. Dezember 1937) (StGB).
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch (vom 10. Dezember 1907) (ZGB).
- Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (vom 15. Mai 1871) (RStGB).

EINLEITUNG

Häufig erwirbt sich ein Verbrecher durch seine Straftat Vorteile, beispielsweise durch Diebstahl, Veruntreuung, Unterschlagung. Auch wird oft jemandem eine Zuwendung gemacht, damit er ein Delikt begehe, oder dafür, dass er ein Delikt begangen hat (Abtreibung, Bestechung, Spionage usw.). Es widerspricht dem Rechtsempfinden, solche Zuwendungen und anderen Vorteile ihrem Inhaber zu lassen. Die Folge wäre ja, dass der Delinquent zwar einerseits bestraft, andererseits aber im Genuss der wegen der strafbaren Handlung erlangten Vorteile belassen würde.

In vielen, aber nicht in allen Fällen wird ihre Ausgleichung gesetzlich ermöglicht durch Art. 59 StGB:

«Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen¹.

Geschenke und andere Zuwendungen, die dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, verfallen dem Staate. Sind sie nicht mehr vorhanden, so schuldet der Empfänger dem Staate deren Wert.

Dem Staate verfallen auch Gegenstände, die sich jemand durch eine strafbare Handlung angeeignet hat, wenn während fünf Jahren, von

¹ Das Marginale des deutschen Textes «Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen» deckt nur den ersten, nicht auch den zweiten Absatz des Art. 59 StGB. Dies erklärt sich daraus, dass der zweite Absatz erst in der parlamentarischen Beratung beigelegt, das Marginale jedoch unverändert gelassen wurde. Die Marginalien des französischen und des italienischen Textes «Dévolution à l'Etat» und «Devoluzione allo Stato» können dagegen auf beide Absätze bezogen werden. Vgl. BGE 74 IV 22, H a f t e r I 420.

der amtlichen Bekanntmachung an gerechnet, der Eigentümer nicht festgestellt werden kann².»

Diese Bestimmung ermöglicht also nicht die Wegnahme aller unrechtmässigen Vorteile, sondern nur einzelner, sehr unterschiedlicher Gruppen derselben. Das hat bereits zu stossenden Resultaten geführt. Allerdings können einige Lücken auf anderem Wege ausgefüllt werden, wie durch entsprechende Zumessung der allfälligen Busse.

Um Art. 59 StGB richtig auslegen zu können, ist es unerlässlich, zuerst Klarheit über das Institut des Verfalls zu gewinnen; dessen Untersuchung wird daher in der vorliegenden Arbeit vorangestellt. Im Anschluss daran werden die beiden Absätze des Art. 59 StGB getrennt betrachtet; sodann wird erörtert, was mit den verfallenen Werten geschieht. Zur Ergänzung sei schliesslich noch eine Uebersicht über einige Institute beigefügt, mit welchen der unrechtmässige Vorteil ebenfalls abgeschöpft werden kann.

Auf einen historischen Ueberblick wurde verzichtet, da die Geschichte des Verfalls als Geschichte der Einziehung oder Konfiskation i. w. S. schon mehrfach bearbeitet wurde³.

² Der französische Text lautet:

«Dévolution à l'Etat.

Les dons et autres avantages qui ont servi ou qui devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction sont acquis à l'Etat. Si ces objets n'existent plus en nature, celui qui les a reçus devra en payer la valeur.

Sont également acquis à l'Etat les objets dont quelqu'un s'est emparé par une infraction, si le propriétaire ne peut pas en être découvert dans les cinq ans à partir de la publication officielle.»

Der italienische Text lautet:

«Devoluzione allo Stato.

I doni e altri profitti destinati a determinare od a ricompensare l'autore di un reato, sono devoluti allo Stato. Se non esistono più, chi li ha ricevuti dovrà pagarne il valore.

Sono parimente devoluti allo Stato gli oggetti che alcuno si è appropriato col reato, se entro cinque anni dalla pubblicazione ufficiale non se ne possa accertare il proprietario.»

³ Vgl. Baumann 1 ff. und Böhler 3 ff. sowie die dortigen Literaturangaben.

I. TEIL

Der Verfall

I. Kapitel

Wesensmerkmale des Verfalls

I. Der Zweck des Art. 59 StGB

Gemäss Art. 59 StGB sollen die Zuwendungen, die zur Veranlassung oder Belohnung einer strafbaren Handlung bestimmt waren, sowie die Gegenstände, die sich jemand durch eine strafbare Handlung angeeignet hat, dem Staate verfallen.

Der Delinquent soll also seinen Verbrecherlohn und seine Beute nicht behalten dürfen. Ja, selbst wenn noch kein Delikt begangen wurde, die Zuwendung jedoch zur Veranlassung oder Belohnung einer strafbaren Handlung bestimmt war, soll sie herausgegeben werden müssen. Als einheitliches Ziel, das dem Gesetzgeber vorschwebte, darf deshalb die Erfüllung des Postulates bezeichnet werden: Niemandem soll wegen einer strafbaren Handlung ein Vorteil erwachsen¹. Es wäre in der Tat widersinnig, einerseits ein Verhalten verhindern zu wollen,

¹ Bisweilen genügt auch eine bloss gewollte bzw. vorgestellte, nicht ausgeführte oder versuchte Straftat zum Verfall gemäss Art. 59 StGB; vgl. II. Teil, I. Kapitel, II. Titel, I. — Im gleichen Sinne BGE 71 IV 148, 72 IV 104, 74 IV 23, Böhler 45, Logoz N. 1 zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 1 zu Art. 59, Waiblinger in ZbJV 83 S. 334.

andererseits aber die vorteilhaften Folgen desselben Verhaltens zuzulassen². In Art. 59 StGB hat der Gesetzgeber den allgemeinen Gedanken allerdings nur in beschränktem Masse verwirklicht³.

Zur Rechtfertigung des umschriebenen Postulates ist hinsichtlich Art. 59 StGB insbesondere anzuführen:

Wenn die Personen, welche zu einem Delikt veranlasst werden sollen oder sich einen Gegenstand aneignen wollen, die Gewissheit haben, den erlangten Vorteil behalten zu können, kann dies einen erheblichen Antrieb zur Deliktsbegehung bilden⁴. Gleiches gilt für eine Person, welche vor der Tat Aussicht auf nachträgliche Belohnung zu haben glaubt. Zudem kann durch den Gewinn eines Vorteils die — erstrebte — Wirkung der Strafe als einer Uebelszufügung wesentlich beeinträchtigt werden; denn das durch die Strafe bezweckte und verursachte Uebel kann durch den Vorteil ganz oder zum Teil ausgeglichen werden. Sowohl der Antrieb zum Verbrechen wie die Vereitelung der Strafzweckerfüllung laufen dem öffentlichen Interesse zuwider. Die Entziehung des Vorteils ist demnach in öffentlichem Interesse geboten⁵.

Früher wurden Gegenstände, die mit einem Delikt im Zusammenhang standen, oft als «unrein» betrachtet. Der heutige Verfall an den Staat mag seine Wurzel darin haben, dass solche «unreine» Objekte vielfach eingezogen und vernichtet wurden⁶. Wesentlich erscheint jedoch in Art. 59 StGB in erster Linie die Wegsteuerung des Vorteils. Das äussert sich insbesondere darin, dass sich der Staat in Art. 59 Abs. 1 StGB unter Umständen mit einer Ersatzleistung begnügt. Immerhin kann der Umstand, dass in Art. 59 Abs. 1 StGB primär und in Abs. 2 überhaupt nur die Zuwendung bzw. der Gegenstand selbst eingezogen werden soll, als Folge der geschichtlichen Entwicklung des Verfalls betrachtet werden.

² Vgl. hiezu die guten Ausführungen in BGE 43 I 226 ff., der allerdings in anderer Hinsicht der Kritik ruft.

³ Vgl. BGE 72 IV 104, 74 IV 23, Moser in SJZ 42 S. 1, Waiblinger in ZbJV 84 S. 428.

⁴ Ebenso Moser 7 f., 14.

⁵ Auf das öffentliche Interesse weisen hin Moser 14, von Redwitz 92.

⁶ Vgl. Böhler 6, Leipziger Kommentar 284.

II. Wesensmerkmale des Verfalls

Der Verfall muss so ausgestaltet sein, dass er den vorstehend umschriebenen gesetzlichen Zweck zu erreichen vermag.

Art. 59 StGB soll verhindern, dass jemand wegen einer strafbaren Handlung einen Vorteil erhält und behalten kann. Folglich muss die Entziehung des erlangten Vorteils dem Verfall wesentlich sein. Unerheblich ist, dass der Fiskus durch den Verfall bereichert werden kann; nicht das Interesse an der Bereicherung des Fiskus war Grund zur Aufstellung des Art. 59 StGB⁷. Auch aus dem Umstand, dass das Gesetz den Verfall gerade zugunsten des Staates eintreten lässt, darf nicht etwa der Schluss gezogen werden, Art. 59 StGB liege ein fiskalisches Interesse zugrunde.

Da der Verfall nicht eintritt, weil der Staat ein Interesse daran nähme, das Verfallsobjekt seinem Fiskus einverleiben und darüber verfügen zu können, unterscheidet er sich wesentlich von der Enteignung. Diese bewirkt zwar ebenfalls eine Wegnahme privater Vermögenswerte durch den Staat zur Wahrung öffentlicher Interessen. Die Enteignung verfolgt aber gerade den Zweck, dem Staate die Verfügungsmacht über bestimmte Objekte zu verschaffen.⁸

Nach dem Grundgedanken des Art. 59 StGB darf der Staat das Verfallsobjekt, das er in öffentlichem Interesse wegnehmen muss, nicht etwa kraft seines Verfügungsrechtes gemäss Art. 381 StGB entgegen dem Gesetzeszweck dem bisherigen Inhaber wieder zukommen lassen. Die Entziehung des Vorteils muss infolgedessen endgültig sein.

Durch die Endgültigkeit unterscheidet sich der Verfall (wie auch die Einziehung i. S. des Art. 58 StGB) vom prozessualen Institut der Beschlagnahme, welche bloss eine vorübergehende Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers oder Besitzers an der Sache ist und vornehmlich zu prozessualen Zwecken angeordnet wird⁹.

⁷ Vgl. Clerc/Steck 164.

⁸ Vgl. Böhler 34 ff., Hösterey 21.

⁹ Baumann 38, Böhler 32, Hunziker 40, Waiblinger N. 1 zu Art. 169 und N. 1 zu Art. 171 betonen ebenfalls, dass durch die Einziehung im Gegensatz zur Beschlagnahme ein endgültiger Zustand geschaffen werde.

Die Beschlagnahme kann jedoch neben Beweiszwecken auch der Sicherung einer künftigen Einziehung (Art. 58 StGB) oder des Verfalls (Art. 59 StGB) dienen¹⁰.

II. Kapitel

Die rechtliche Natur des Verfalls

Stooss bezeichnet den Verfall der in Art. 59 StGB genannten Objekte als Spezialfall der Einziehung oder Konfiskation i. w. S.¹¹. Ueber die rechtliche Natur derselben ist bereits eine umfangreiche Literatur vorhanden, worin allerdings die von Art. 59 StGB aufgezählten Fälle wenig behandelt sind. Eine Zusammenstellung dieser Literatur und eine erneute Behandlung der rechtlichen Natur der Einziehung i. w. S. hat vor kurzem Böhler l. c. vorgenommen. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, beschränke ich mich darauf, nur die rechtliche Natur des Verfalls gemäss Art. 59 StGB zu untersuchen.

Bei der Lösung dieser Aufgabe gehe ich von der Einteilung aus, welche Stooss für die verschiedenen Einziehungsarten vorgenommen hat. Er unterscheidet die Einziehung als Strafe, als Polizeimassnahme und die sog. zivilrechtliche Einziehung¹². Unter die zuletzt genannte Art wäre nach seinen Ausführungen der Verfall gemäss Art. 59 StGB einzureihen.

I. Die Einziehung als Nebenstrafe am Vermögen

Wenn der Verfall eine Strafe wäre, so müsste er ihre allgemeinen Begriffsmerkmale aufweisen. Insbesondere dürfte er bloss den schuldhaften Rechtsbrecher treffen¹³; nur diesem dürfte folglich der Vorteil entzogen werden.

Art. 59 StGB setzt aber nicht notwendigerweise eine strafbare Handlung voraus. Die Zuwendung gemäss Abs. 1 soll vielmehr schon

¹⁰ Vgl. BGE 74 IV 213 ff.

¹¹ Vgl. Stooss 46 ff.; im gleichen Sinne Böhler 26 ff., 44 ff. Dieser Ansicht darf beigespflichtet werden.

¹² Stooss 49. Diese Unterscheidungen machen ferner Böhler 22, 26 und Schoetensack 11.

¹³ Vgl. hiez. Böhler 18 f., Clerc/Steck 78, Hafter I 92 ff., 101 ff., Thormann / von Overbeck N. 1 zu Art. 9, Stooss 32 f., 37 f.

dann verfallen, wenn sie auch nur bestimmt war, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen. Wesentlich ist daher die Einstellung desjenigen, der die Zuwendung zur Veranlassung oder Belohnung bestimmt, und unerheblich das Verhalten der zu veranlassenden oder zu belohnenden Person¹⁴. Da der Verfall selbst zum Nachteil einer Person eintreten kann, welche überhaupt nicht gegen die Strafrechtsordnung verstossen hat, kann er keine Strafe sein.

Sodann müsste der unzurechnungsfähige Zuwendungsempfänger oder Aneigner im Besitze seines Vorteils belassen werden, wenn der Verfall Strafe wäre. Der unzurechnungsfähige Dieb müsste somit seine Beute und der unzurechnungsfähige Mörder seinen Verbrecherlohn behalten dürfen. Das widerspricht dem Gesetzeszweck offenbar; für eine solche Bevorzugung der Unzurechnungsfähigen ist kein Grund ersichtlich. Auch diese Vorteile sollen verfallen können¹⁵. Der Gesetzeswortlaut bildet kein Hindernis dafür; denn der Ausdruck «strafbare Handlung» bedeutet hier bloss «objektiv strafbare Handlung», die keine Zurechnungsfähigkeit voraussetzt¹⁶.

Vor allem aber ist der Verfall im StGB ausdrücklich unter die Massnahmen eingereiht, welche von den Strafen deutlich getrennt sind. Das ist ein klarer Beweis dafür, dass der Gesetzgeber den Verfall nicht als Strafe betrachtet haben wollte¹⁷.

II. Die polizeiliche Einziehung

Stooss leitet diesen Begriff aus dem Wesen und Aufgabenbereich der Polizei ab. Eine polizeiliche Einziehung soll dann vorgenommen werden können, wenn die confiscanda entweder absolut oder in der

¹⁴ Vgl. Hafter I 420 und Comtesse N. zu Art. 42 MStGB, der Art. 59 StGB fast wörtlich entspricht.

¹⁵ Ebenso Prot. IX 46 (Votum Lang), Böhler 44, Hafter I 420 f., Logoz N. 3 zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 1 zu Art. 59.

¹⁶ Vgl. hiezu BGE 73 IV 98 f., EKWStrG Band 3 Nr. 18, Böhler 100 f., Schoetensack 20.

¹⁷ Zum gleichen Resultat kommen Böhler 44, 50, Clerc/Steck 162 f., Hafter I 420 f., Logoz N. 3 und 4 zu Art. 59, Petrzilka N. zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 1 zu Art. 59, ebenso für das MStGB Comtesse N. zu Art. 42. — Das schweizerische Recht kennt jedoch auch die Einziehung als Strafe; Beispiele nennt Böhler 52 ff., 72 f.

Hand ihres Besitzers diejenigen Rechtsgüter gefährden, deren Wahrung der Polizei obliegt¹⁸. Wesentlich für uns ist hier, dass die polizeiliche Einziehung zur Verhinderung künftiger Rechtswidrigkeiten erfolgen soll, und dass die Einziehungsobjekte Gegenstände sein müssen, welche nach vernünftiger Auffassung eine Gefahr für die von der Polizei zu schützenden Rechtsgüter bilden können.

Als solche polizeiliche Konfiskation ist mit Recht die Einziehung gemäss Art. 58 StGB qualifiziert worden¹⁹. Sie ist denn auch beschränkt auf Gegenstände, welche die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Sie hat zudem den typischen Charakter einer Präventivmassnahme; denn sie soll eine Gefahr zunichte machen und damit eine künftige Rechtswidrigkeit verhindern²⁰.

Im Gegensatz zu Art. 58 StGB ist der Verfall nicht auf gefährliche Gegenstände beschränkt. Vielmehr soll grundsätzlich jeder Vorteil dem Staate verfallen können, soweit er eine «Zuwendung» oder einen «Gegenstand» i. S. des Art. 59 StGB darstellt, z. B. Geld.

Zwar können präventive Wirkungen auch dem Verfall nicht abgesprochen werden: Da durch diesen der erworbene Vorteil nachträglich abgeschöpft werden soll, ist die Aussicht des Täters auf das Behalten des Vorteils und damit das Interesse an der künftigen Vornahme des Delikts geringer²¹. Diese präventive Wirkung steht jedoch hier nicht allein im Vordergrund. Dagegen hat die Einziehung nach Art. 58 StGB ausschliesslich Präventivcharakter; soweit sie repressiv wirkt, ist dies eine nicht bezweckte Nebenfolge²². Der Verfall jedoch soll gerade auch die repressive Wirkung der Strafe ermöglichen, soll verhindern, dass das in der Bestrafung liegende Uebel durch Belassung des Vorteils der Tat ganz oder teilweise ausgeglichen wird. In solchem Sinne ist dem Verfall eine Art repressiver Reflexwirkung eigen. Aus diesen Gründen und weil er zudem nicht auf sog. gefährliche Gegen-

¹⁸ Vgl. Stooss 33 ff., Böhler 18.

¹⁹ Böhler 38, Thormann/von Overbeck N. 1 zu Art. 58.

²⁰ Vgl. Clerc/Steck 161, Germann 132, Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 58.

²¹ Vgl. Moser 14.

²² Vgl. Germann 132.

stände beschränkt ist, kann er nicht unter den Begriff der polizeilichen Einziehung i. S. von Stooss fallen²³.

III. Die sog. zivilrechtliche Einziehung

Durch diese dritte Art der Einziehung will Stooss wegnehmen, was ob turpem vel iniustam causam erworben wurde. Insbesondere werden erwähnt: das für eine rechtswidrige Handlung als Lohn oder Geschenk Empfangene oder dessen Aequivalent, sodann unterschlagene oder gestohlene Sachen, wenn ihr rechtmässiger Besitzer seine Rechte nicht geltend macht oder nicht zu ermitteln ist. Stooss hält in Anlehnung an das römische Recht dafür, dass sich diese Konfiskation auf einen zivilrechtlichen Titel stütze und infolgedessen den Regeln des Zivilrechts unterworfen sei. Zur Begründung der Einziehung erklärt Stooss, es gehe der Rechtsidee zuwider, wenn sich jemand durch ein Delikt bereichere; die Aufhebung dieser Bereicherung sei eine Forderung der Sittlichkeit und des Rechts.²⁴

Richtig ist sicher der Gedanke, dass die genannten Vorteile dem Erwerber nicht verbleiben sollen. Zu prüfen ist aber, ob das Institut des Verfalls und die staatlichen Ansprüche auf die Vorteile öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind.

IV. Die rechtliche Natur des Verfalls gemäss Art. 59 StGB

Nach der Auffassung des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz regelt das Privatrecht die Rechtsbeziehungen zwischen gleichartigen, gleichwertigen und gleichberechtigten Rechtssubjekten, während das öffentliche Recht das Unterordnungsverhältnis des Bürgers zur Staatsgewalt ordnet; im letzteren Falle muss also der Staat in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt beteiligt sein. Bisweilen

²³ Im Resultat gleich Böhler 44.

²⁴ Stooss 46 ff.; er stützt sich auf den römischrechtlichen Satz vom «turpia lucra extorqueri»; seiner Ansicht folgt Böhler 26 ff., 44 ff. im wesentlichen. — Auf die zivilrechtliche Natur der Einziehung aller oder einzelner der genannten Werte weisen ferner hin Baumann 37, Berner 667 f., Heinze 167, Köstlin 477, Leipziger Kommentar 285, Moser 14, Seeler 45 f. — Goldschmidt 446 ff. postuliert de lege ferenda ausschliesslich die strafweise Einziehung der turpia lucra.

verlangt das Bundesgericht auch ein öffentliches Interesse am Inhalt einer öffentlichrechtlichen Rechtsnorm.²⁵

Beim Verfall muss der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt auftreten; nur als solche, dem Bürger übergeordnete Person kann er den Vorteil zwangsweise entziehen, auf den er als gleichgeordnete Privatrechtsperson ebensowenig Anspruch hätte wie jede andere. Zudem dient die Massnahme des Verfalls der Wahrung öffentlicher Interessen²⁶. Das Institut des Verfalls und die hieraus entstehenden Ansprüche auf Herausgabe der Zuwendung oder des angeeigneten Gegenstandes sowie die Ansprüche auf Wertersatz (Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB) haben demnach öffentlichrechtliche Natur.

Die Richtigkeit dieser Annahme bestätigen folgende Ueberlegungen:

Nach Art. 59 Abs. 1 StGB entsteht ein Ersatzanspruch, wenn der staatliche Anspruch auf Herausgabe der Zuwendung unbefriedigt ist, weil sie nicht mehr vorhanden ist. Hätte der Herausgabeanspruch zivilrechtliche Natur, so verständete sich ein Ersatzanspruch von selbst; seine besondere Erwähnung wäre überflüssig. Ueberdies wäre unverständlich, weshalb die Ersatzpflicht auf den Empfänger beschränkt sein sollte, währenddem nach Zivilrecht auch ein bösgläubiger Dritterwerber des Zuwendungsobjectes schadenersatzpflichtig werden könnte. Schliesslich könnte schwerlich erklärt werden, warum in Abs. 1 auf die zivilrechtliche Ersatzpflicht hingewiesen wurde, nicht aber in Abs. 2.²⁷

Wenn die Herausgabe- und Ersatzansprüche zivilrechtliche Natur hätten, so müsste überdies der Staat als Inhaber eines Privatrechts

²⁵ Vgl. BGE 29 II 426, 40 II 85, 44 II 312, 47 II 469, 52 II 463, 54 II 122, 58 II 447 f., 62 II 301 und ferner 58 I 30 ff., Fleiner / Giacometti 87, Giacometti 15, 25, 37, 42 ff., 51, Leuch N. 1a zu Art. 1, Ruck 34 f.

²⁶ Vgl. I. Kapitel, I.

²⁷ Böhler 45 f., der den Verfall als Massnahme zivilrechtlicher Natur betrachtet, führt aus, dass sich die Ersatzpflicht bei Art. 59 Abs. 1 StGB von selbst verstehe, weil der Fiskus im Augenblick des Zuwendens Eigentümer der Zuwendung werde; Böhler sieht sich aber dann zur Erklärung gezwungen, dass die Beschränkung der Ersatzpflicht auf den Empfänger «im Grossen und Ganzen» der Auffassung des Zivilrechts entspreche. Auch er anerkennt also, dass dies nicht immer der Fall ist.

wohl berechtigt, nicht aber verpflichtet sein, die Ansprüche geltend zu machen²⁸. Nach dem Art. 59 StGB zugrundeliegenden Zweckgedanken ist jedoch der Staat verpflichtet, diese Bestimmung anzuwenden, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind; er kann nicht «auf die Ausübung seines Rechtes verzichten».

III. Kapitel

Die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates

I. Dinglich oder obligatorisch?

Der Anspruch auf Wertersatz gemäss Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB ist obligatorisch. Weniger klar ist, ob der Anspruch auf Herausgabe der Zuwendung oder des angeeigneten Gegenstandes obligatorisch ist oder ob der Verfall dinglich wirkt.

Die Entziehung der Zuwendung bzw. des angeeigneten Gegenstandes ist erheblich besser gewährleistet, wenn der Herausgabeanspruch dinglich und nicht bloss obligatorisch wirkt. Denn diesfalls braucht sich der Staat nicht an die Person des Zuwendungsempfängers oder Aneigners zu halten, sondern kann unmittelbar auf das Verfallsobjekt greifen und dieses überall herausverlangen, wo es liegt, beispielsweise bei einem Depositar, solange wenigstens der Herausgabeanspruch noch besteht. Da die Vollstreckung des Herausgabeanspruchs und damit die Erreichung des Gesetzeszweckes in öffentlichem Interesse möglichst sichergestellt sein muss, ist anzunehmen, dass der Herausgabeanspruch dingliche Wirkung hat²⁹. Der Gesetzeswortlaut verträgt sich mit dieser Annahme gut («verfallen», «sont acquis à l'Etat», «sono devoluti allo Stato»).

Dagegen könnte ein obligatorischer Anspruch nur gegen den Zuwendungsempfänger oder Aneigner geltend gemacht werden und

²⁸ Vgl. hiezu von Redwitz 91, Schoetensack 17, Seeler. 17.

²⁹ Im Resultat gleich Böhler 45, 50 und offenbar Hafter I 420 f., wenn er erklärt, dass der Verfall jeden Inhaber der Sache treffe.

deshalb unter Umständen wirkungslos sein. Weiter müsste diesfalls das Verfallsobjekt im Konkurs des Vorteilsinhabers zugunsten aller Gläubiger, nicht nur des Staates, verwertet werden können. Das würde praktisch bewirken, dass der Staat nur einen Teil des Vorteils, die Konkursdividende, entziehen könnte; der andere Teil würde den übrigen Gläubigern des Vorteilsinhabers und damit indirekt diesem zugute kommen.

II. Das Verfahren zur Verfallserklärung

1. Ein staatlicher Anspruch aus Art. 59 StGB ist dann, aber nur dann gegeben, wenn die Voraussetzungen des Verfalls vorliegen; sind sie jedoch gegeben, so muss er zur Wahrung der öffentlichen Interessen auch erfolgen. Der Staat bzw. dessen Organe sind deshalb verpflichtet, ex officio zu prüfen und (durch Verfügung) festzustellen, ob im einzelnen Fall ein Herausgabe- oder Wertersatzanspruch besteht. Ein Entscheid über den Verfall und die Ansprüche hieraus ist also stets erforderlich³⁰. Darauf weist denn auch Art. 381 StGB hin, der von «verfallen erklären» Geschenken und andern Zuwendungen spricht, ebenso Art. 380 StGB, der zur Vollstreckbarkeit in der ganzen Schweiz einen rechtskräftigen Entscheid verlangt. Die Anerkennung der staatlichen Ansprüche durch den Pflichtigen vermöchte ihn nicht zu ersetzen, da sie nicht dem freien Verfügungsrecht der Parteien unterstehen. Muss ein Entscheid vorliegen, so wird den dinglich Berechtigten zugleich ermöglicht, ihn unter Umständen anzufechten und dadurch ihre Rechte zu wahren.

2. Da es sich bei Art. 59 StGB um eine strafrechtliche Massnahme handelt, kann sie nur Anwendung finden, wo überhaupt ein Strafverfahren durchgeführt wird³¹, in welchem der Tatbestand festgestellt und damit Anlass zur Anordnung der Massnahme gegeben wird. Der Verfall gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB dürfte dabei nur im

³⁰ Im Resultat gleich Logoz N. 3 und 4 zu Art. 59, Petrzilka N. zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 59 wenigstens für Abs. 1 und N. 6 zu Art. 70 offenbar zudem für Abs. 2, ebenso offenbar Böhler 45, 50. Hafter 419 ff. erwähnt keine Verfallserklärung, will jedoch bei Bestreitung des Ersatzanspruchs den Richter urteilen lassen.

³¹ Ebenso ausdrücklich Petrzilka N. zu Art. 59.

gleichen Verfahren erklärt werden können. Dagegen kann wohl in einer mit dem Urteil erlassenen Verfügung auf den — aufschiebend bedingten — Verfall gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB hingewiesen und die Publikation angeordnet werden; der Verfall dürfte sogar — unter Beifügung der Suspensivbedingung — schon dort erklärt werden können. Aber der Eintritt des Verfalls bzw. der Wegfall der Bedingung kann notwendigerweise erst nach Ablauf der fünfjährigen Frist in einem besonderen Verfahren festgestellt werden. Immer muss der angeeignete Gegenstand bereits im Strafverfahren entdeckt worden sein³², da sich der Tatbestand sonst nicht mehr feststellen liesse.

Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber weiter gehen wollte. Das erhellt schon daraus, dass selbst das Bundesstrafprozessrecht keinen selbständigen Prozess ausschliesslich zur Feststellung des Tatbestandes für die Verfallserklärung vorsieht. Desgleichen kennt kein kantonales Prozessrecht ein solches selbständiges Verfahren³³. Grund für die Statuierung des Art. 59 StGB dürfte ja in erster Linie der Umstand gewesen sein, dass es anlässlich eines Strafverfahrens oft stossend wirkte, den Täter zwar verurteilen, ihm jedoch sein turpe lucrum belassen und unter Umständen sogar nach dessen Beschlagnahme zurückerstatten zu müssen. Ueberdies müsste sonst mit einer schädlichen und unwürdigen Entwicklung des Delatorentums gerechnet werden.

Im Verfahren, in welchem der Tatbestand festgestellt und der Verfall erklärt wird, sind die gewöhnlichen Bestimmungen des Straf-

³² Diesfalls kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Vollzugsbehörde nicht unter Umständen auch von sich aus eine Publikation erlassen könne, so dann, wenn sich erst nach Abschluss des Verfahrens herausstellt, dass die vom Aneigner bezeichnete Person gar nicht Eigentümer und dieser unbekannt ist.

³³ Nach Art. 38 des VE 1903 zu einem BG betreffend die Einführung des StGB hatten die Kantone zwar das Verfahren zur Einziehung von Gegenständen zu bestimmen, die nicht in einem Strafverfahren erfolgt; diese Bestimmung wurde jedoch fallen gelassen. Hafter I 416 a 5 erklärt, dass den schweizerischen Rechten bei der Einziehung als Strafe oder als Massnahme ein in den strafprozessualen Rahmen eingefügtes objektives Verfahren fremd sei. Böhler 106 ff. tritt für ein selbständiges Verfahren zur Einziehung gemäss Art. 58 StGB ein.

prozesses anzuwenden, bei der Verfallserklärung gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB aber unter Umständen (nach Fristablauf) nur analog. Dabei muss jedoch der Herausgabe- bzw. Ersatzpflichtige seine Rechte wahren dürfen, ebenso die Person, welche dingliche Rechte am Verfallsobjekt hat³⁴. Das kann dadurch ermöglicht werden, dass diesen Personen zur Wahrung ihrer Rechte im Prozessrecht eine parteiähnliche Stellung eingeräumt wird. Andererseits kann auch nur das Recht zur Anfechtung der Verfallserklärung zugestanden werden. Letzteres erscheint aber unerlässlich und dürfte grundsätzlich selbst dann gelten, wenn das Strafverfahren keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält; denn der Bundesgesetzgeber wollte sicher nicht unbeteiligte Dritte durch den Verfall schädigen, ohne ihnen Gelegenheit zur Verteidigung ihrer Rechte zu bieten.

3. Wo demnach mangels einer Prozessvoraussetzung ein Strafverfahren nicht eröffnet werden kann, darf kein Verfall erklärt werden. Das gilt insbesondere bei der Strafverfolgungsverjährung, der Abolition, bei mangelndem Strafantrag und dem Tode³⁵ des Schuldigen.

Die Strafverfolgungsverjährung bezieht sich zwar nicht ausdrücklich auf Massnahmen. Es ist jedoch anzunehmen, dass der Staat nach Ablauf der Verjährungsfrist überhaupt keine nachteiligen Folgen wegen einer verpönten Handlung mehr eintreten lassen wollte, seien es nun Strafen oder Massnahmen. Daher wird der Verfall sogar dann ausgeschlossen sein, wenn ein Strafverfahren zwar eröffnet, aber später wegen Eintritts der Strafverfolgungsverjährung ein-

³⁴ Eine andere Frage ist, ob der Verfall zu Lasten von Personen erklärt werden darf, die im Strafverfahren nicht angeschuldigt sind. — Ueber die Rücksichtnahme auf die am Verfallsobjekt dinglich Berechtigten vgl. II. Teil, III. Kapitel, und III. Teil, III. Kapitel. Für das deutsche Recht vgl. Seuffert 315 f.

³⁵ Nach EKWStrG Band 3 Nr. 67 ist der widerrechtliche Gewinn i. S. des BRB vom 17. 10. 1944 nach dem Tode des Angeschuldigten nicht mehr einziehbar, weil sich ein Strafverfahren nicht mehr durchführen lässt und somit der für die Ermittlung des widerrechtlichen Gewinnes vorausgesetzte Straftatbestand nicht mehr festgestellt werden kann. (Im vorliegenden Falle war vor dem Tode noch kein Strafverfahren eröffnet worden.)

gestellt wurde³⁶. Dasselbe muss aus den gleichen Gründen für die Abolition³⁷ gelten.

Wurde dagegen ein Delikt zuerst ex officio verfolgt und später ein Antragsdelikt festgestellt, so kann der Verfall auch erklärt werden, wenn ein Strafantrag fehlt³⁸. Denn diesfalls ist jedenfalls ein Strafverfahren eröffnet worden, in welchem der Tatbestand festgestellt und damit Anlass zur Verfallserklärung gegeben wurde. Dasselbe muss beim Tode³⁹ des Angeschuldigten als solchen (nicht als Zuwendungsempfänger oder Aneigner) Geltung haben, wenn der Tatbestand bereits festgestellt ist. Die für die Strafverfolgungsverjährung und die Abolition genannten Gründe zum Ausschluss des Verfalls treffen hier nicht zu.

4. Da es sich beim Verfall um eine öffentlichrechtliche, strafrechtliche Massnahme handelt, können zur Verfallserklärung nur Strafbeförden zuständig sein, nie aber Zivilbehörden.

³⁶ Im gleichen Sinne offenbar Logoz N. 7 zu Art. 70, der — mit Thormann/von Overbeck N. 6 zu Art. 70 — die Verhängung von «andern Massnahmen» zudem deshalb ausschliesst, weil eine gerichtliche Feststellung des Tatbestandes nicht mehr möglich sei. Unbestimmt Germann in SZfStrR 60 S. 164. Nach EKWStrG Band 3 Nr. 48 ist der Verfall des unrechtmässigen Gewinnes i. S. des BRB vom 17. 10. 1944 nach Eintritt der Strafverfolgungsverjährung ausgeschlossen.

³⁷ Nach Hafter I 441 ist die Abolition ein «Akt, durch den die Niederschlagung eines schwebenden Strafverfahrens verfügt, ja unter Umständen die Anhebung eines Verfahrens gehindert wird». Böhler 105 will die Einziehung gemäss Art. 58 StGB trotz Abolition zulassen, wenn der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung bereits feststeht.

³⁸ Nach der Auffassung des Bundesgerichtes ist der Strafantrag nur Prozessvoraussetzung, nicht auch Strafbarkeitsbedingung; vgl. BGE 73 IV 97 f. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist umstritten; vgl. Clerc/Steck 39 f., Hafter I 134, Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 28.

³⁹ Vorausgesetzt, dass der Verfall überhaupt zuungunsten einer Person erklärt werden darf, die im Verfahren nicht angeschuldigt ist. — Unbestimmt Germann in SZfStrR 60 S. 163; nach Logoz N. 2 zu «Remarques générales sur les art. 70 à 75» hindert der Tod des Delinquenten die Anordnung und den Vollzug aller derjenigen Massnahmen nicht, die sich nicht oder nicht nur gegen die Person des Täters richten, wie z. B. Art. 58 StGB. Hafter I 418 will nach Anhebung eines strafrechtlichen Verfahrens oder wenigstens einer

Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege bezeichnet in Art. 73 Abs. 2 BStP den Bundesanwalt als zuständig zur Einziehung bei Einstellung der Ermittlungen. Art. 73 Abs. 2 BStB darf analog für die Verfallserklärung gelten, dies umso mehr, als er sich auf die durch das StGB aufgehobenen Art. 71 und 72 BStP bezog, welche den Art. 58 und 59 StGB fast wörtlich entsprachen. Nach Bundesrecht dürfen demnach auch Behörden und Beamte zur Verfallserklärung zuständig bezeichnet werden, die zwar kein endgültiges Urteil in der Sache fällen, jedoch ein eröffnetes Strafverfahren durch ihren Beschluss beenden können⁴⁰. Im Verfahren bei Uebertretungen fiskalischer Bundesgesetze gemäss Art. 279 ff. BStP und bei Uebertretungen «anderer» Bundesgesetze gemäss Art. 321 ff. BStP kann sogar eine Verwaltungsbehörde in ihrer Strafverfügung «besondere Massnahmen» anordnen (Art. 294 und 324 BStP); unter diese «besonderen» Massnahmen wird auch der Verfall gerechnet werden dürfen.

Art. 345 StGB stellt den Grundsatz auf, dass die kantonalen Behörden zur Anwendung des StGB von den Kantonen zu bestimmen seien. Dabei werden wie im Bundesrecht auch diejenigen Behörden und Beamten als zuständig bezeichnet werden dürfen, die zwar kein endgültiges Urteil in der Sache fällen, jedoch ein eröffnetes Strafverfahren durch ihren Beschluss beenden können⁴¹. Zu beachten ist weiter Art. 380 StGB, dem entnommen werden kann, welche Behörden in Betracht fallen können.

III. Entstehung von Gesetzes wegen oder kraft der Verfallserklärung?

Der Gesetzeswortlaut gibt keine eindeutige Auskunft darüber, ob der Verfall von Gesetzes wegen oder erst auf behördlichen Entscheid

Untersuchung die Einziehung nach Art. 58 StGB ohne Schuldigerklärung des Angeschuldigten selbst dann zulassen, wenn dieser gestorben ist.

⁴⁰ Ebenso hinsichtlich der Einstellungsbehörden Lang in Prot. IX 46, Petrzilka N. zu Art. 59 in Verbindung mit N. zu Art. 58. — Nicht darunter fallen Behörden, welche erst über die Eröffnung eines Strafverfahrens entscheiden; vgl. z. B. Art. 84 (Nichtfolgegebung) des Gesetzes über das Strafverfahren des Kantons Bern.

⁴¹ Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

hin erfolgt. Während Art. 59 StGB den Ausdruck «verfallen» verwendet, der einen Eintritt von Gesetzes wegen zuliesse, ist in Art. 381 StGB von «verfallen erklären» Geschenken und andern Zuwendungen die Rede.

Der Verfall kann aber nur dann eintreten und ein öffentlichrechtlicher Anspruch daraus nur dann entstehen, wenn eine Verfallserklärung vorliegt, nicht dagegen in den andern Fällen. Daher nehme ich an, dass der Verfall erst im Zeitpunkt der Verfallserklärung erfolgt und die öffentlichrechtlichen Ansprüche kraft diëser im selben Moment entstehen; sie wirkt also konstitutiv⁴². Dabei erscheint mir die Annahme zutreffend, dass der Ersatzanspruch gemäss Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB mit dem behördlichen Entscheid über den Verfall bereits bedingt entstanden ist, selbst wenn die Zuwendung noch «vorhanden» ist; sonst wäre die wünschbare behördliche Feststellung des eventuellen Ersatzanspruches zusammen mit der Verfallserklärung nicht möglich⁴³.

Das öffentliche Interesse an der gerechtfertigten Wegnahme der Zuwendung oder des angeeigneten Gegenstandes verlangt indessen, dass der Staat schon vor dem — unter Umständen lange Zeit hinausgeschobenen — Verfallseintritt für die Sicherstellung des Vollzuges der Ansprüche aus dem eventuellen Verfall sorgt. Ein äusserst geeignetes Mittel wäre die vorläufige Beschlagnahme. Es darf daher füglich die Frage aufgeworfen werden, ob sich die Befugnis zur Beschlagnahme nicht selbst da, wo die Prozessordnungen sie zu solchem Zwecke nicht kennen, aus dem Bundesrecht ableiten liesse. Dabei darf natürlich eine Beschlagnahme nur erfolgen, wenn nach der Sachlage ein künftiger Verfall wahrscheinlich ist⁴⁴.

⁴² Ebenso offenbar Logo z N. 3 und 4 zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 59 Abs. 1, nach welchen dem Staate durch die Verfallserklärung Eigentum zugesprochen wird. Bö h l e r 45, 50, 111 f. misst einem Verfallsentscheid nur deklaratorische Bedeutung bei.

⁴³ Vgl. hiezu II. Teil, II. Kapitel, II Ziff. 1.

⁴⁴ Vgl. hiezu BGE 74 IV 213 ff.

IV. Vollstreckbarkeit und Vollstreckung des Verfallsentscheides

1. Art. 380 StGB bestimmt, dass die auf Grund des StGB oder eines andern Bundesgesetzes oder des kantonalen Uebertretungsrechtes ergangenen, rechtskräftigen Urteile mit Bezug auf Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen in der ganzen Schweiz *vollstreckbar* sind. Den Urteilen gleichgestellt sind die von den Polizeibehörden und andern zuständigen Behörden erlassenen Strafentscheide und die Beschlüsse der Einstellungsbehörden.

Mit dem Ausdruck «Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen» weist Art. 380 StGB auf das Marginale des Art. 59 StGB hin, nicht etwa bloss auf dessen erstes Alinea. Eine andere Auslegung wäre grundlos. Zudem bestätigt der französische Wortlaut des Art. 380 StGB die Richtigkeit dieser Interpretation.⁴⁵

Unklar ist, ob unter dem «kantonalen Uebertretungsrecht» nur das von den Kantonen auf Grund des Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB aufgestellte kantonale Strafrecht oder überdies das kraft des Abs. 2 zulässige kantonale Recht zu verstehen ist⁴⁶.

Als Beschlüsse einer «Einstellungsbehörde» werden die Verfügungen von Strafverfolgungsbehörden zu gelten haben, durch die ein bereits eröffnetes Strafverfahren abgeschlossen wird, nicht dagegen Verfügungen, durch die erst über die Eröffnung eines Strafverfahrens entschieden wird⁴⁷.

2. Der Gesetzeszweck ist nicht schon dann erreicht, wenn der Verfall eingetreten ist und die staatlichen Ansprüche auf Herausgabe bzw. auf Wertersatz entstanden sind. Vielmehr ist auch die tatsächliche Entziehung des Vorteils erforderlich. Daher ist der Staat in öffentlichem Interesse zur Geltendmachung und Durchsetzung der Herausgabe- und Ersatzansprüche verpflichtet.

⁴⁵ Zum gleichen Resultat kommt *Haft* I 421.

⁴⁶ *Petrzilka* N. zu Art. 380. *Thormann/von Overbeck* N. 2 zu Art. 380 nehmen an, dass sich Art. 380 StGB nur auf Abs. 1 beziehe.

⁴⁷ So z. B. der Nichtfolgegebungsbeschluss gemäss Art. 84 des Gesetzes über das Strafverfahren des Kantons Bern.

Zur Vollstreckung des dinglichen, öffentlichrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe der Zuwendung oder des angeeigneten Gegenstandes in natura müssen Bund und Kantone besondere Vorschriften aufstellen. Die Vollstreckung im Zivilprozessweg ist ausgeschlossen; dagegen ist eine analoge Anwendung der zivilprozessualen Regeln denkbar. Für den Bundesstraßprozess ist Art. 240 BStP zu beachten. Eine besondere kantonale Regelung ist beispielsweise Art. 363 Ziff. 3 des Gesetzes über das Strafverfahren des Kantons Bern zu entnehmen. Die Vollstreckung des obligatorischen Anspruchs auf Wertersatz richtet sich nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (vgl. Art. 38 und 43 SchKG).⁴⁸

Art. 396 StGB bestimmt, dass durch die Begnadigung alle durch rechtskräftiges Urteil auferlegten Strafen erlassen werden können. Die Massnahmen werden überhaupt nicht erwähnt. Daraus ist — in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung — zu schliessen, dass die Begnadigung überhaupt nur Strafen betreffen kann. Sie kann demnach auf die Vollstreckung der Massnahme des Verfalls keinen Einfluss ausüben⁴⁹. Dasselbe muss grundsätzlich für die Amnestie gelten, soweit sie die Vollstreckung rechtskräftiger Entscheide betrifft.

Die Regeln über die Strafvollstreckungsverjährung dürften auf die staatlichen Herausgabe- und Ersatzansprüche nicht anwendbar sein⁵⁰. Die Strafvollstreckungsverjährung bezieht sich — ihrem Namen nach — nur auf die Strafen. Eine analoge Anwendung auf den Verfall rechtfertigt sich nicht, da das öffentliche Interesse an der Vorteilsausgleichung nicht etwa durch Zeitablauf abgeschwächt wird wie das öffentliche Interesse am Strafvollzug. Die

⁴⁸ Ebenso Petrzilka N. zu Art. 380, Thormann/von Overbeck N. 3 und 4 zu Art. 380; vgl. ferner Botschaft 92. — Sollen individuell bestimmte Geldstücke kraft des dinglichen Herausgabeanspruchs eingezogen werden, so kann das SchKG keine Anwendung finden.

⁴⁹ Ebenso Böhler 105, Delaquis in SZfStrR 62 S. 146, Hafter I 446, Kurt in SZfStrR 59 S. 441 f., Logoz N. 4 zu «Remarques générales sur les articles 35 à 62», Thormann/von Overbeck N. 4 zu Art. 396.

⁵⁰ Ebenso Delaquis in SZfStrR 62 S. 146, Hafter I 439, Logoz N. 4 zu Art. 73.

zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften sind schon wegen der öffentlichrechtlichen Natur der staatlichen Ansprüche unanwendbar.

IV. Kapitel

Der Uebergang der privaten dinglichen Rechte am Verfallsobjekt auf den Staat

Die dinglichen Rechte an der Zuwendung und am angeeigneten Gegenstand werde ich im Zusammenhang mit der Erörterung der einzelnen Absätze des Art. 59 StGB eingehender behandeln. Ganz allgemein sei vorläufig festgestellt, dass die privaten dinglichen Rechte als Folge des Verfalls auf den Staat übergehen können⁵¹.

Der Rechtsübergang darf aber nicht vor der Verfallserklärung erfolgen⁵². Käme es nämlich nicht zu einer solchen, so wäre der Verfall ausgeschlossen. Die Folge davon wäre, dass der Staat zwar keine öffentlich-rechtlichen, wohl aber zivilrechtliche Ansprüche besäße. Tritt jedoch der Verfall nicht ein, so soll der Staat die Zuwendung oder den angeeigneten Gegenstand oder die Rechte daran auch nicht erhalten.

Die dinglichen Rechte am Verfallsobjekt dürfen überdies nicht übergehen, bevor der Staat das Zuwendungsobjekt bzw. den angeeigneten Gegenstand tatsächlich in seinem Besitz hat. Regelmässig werden zwar die Verfallsobjekte im Zeitpunkt der Verfallserklärung bereits beschlagnahmt sein. In den andern Fällen jedoch könnte der öffentlichrechtliche Herausgabeanspruch nachträglich wieder wegfallen, währenddem der Staat weiterhin die privaten dinglichen Rechte besäße. Kraft derselben soll er aber nicht beanspruchen können, was

⁵¹ Vgl. II. Teil, II. Kapitel, I Ziff. 1, und II. Teil, III. Kapitel, sowie III. Teil, III. Kapitel.

⁵² Nach Logo z N. 3 und 4 zu Art. 59 sowie Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 59 Abs. 1 erfolgt der Eigentumsübergang mit der Verfallserklärung, nach Bö h l e r 111 f. schon vor dem Richterspruch und unabhängig von der tatsächlichen Inbesitznahme der verfallenen Sache.

ihm auf Grund des öffentlichen Rechts, das den Verfall und die Ansprüche hieraus regelt, nicht gebührt⁵³.

Sind die Voraussetzungen für den Rechtsübergang erfüllt, insbesondere Sachen beschlagnahmt worden, so ist anzunehmen, dass die privaten dinglichen Rechte von Gesetzeswegen auf den Staat übergehen, soweit sie ihm überhaupt zukommen sollen. Ist der Staat einmal Rechtsinhaber geworden, so hat er grundsätzlich die Stellung eines privaten Berechtigten. Er darf jedoch den Vorteil nicht etwa entgegen dem Gesetzeszweck kraft seines privaten Rechts demjenigen wieder zukommen lassen, dem er in öffentlichem Interesse entzogen werden soll. Insbesondere darf der Staat die verfallenen Werte nicht auf die Busse und die Verfahrenskosten anrechnen, die der ehemalige Vorteilsinhaber sonst zu zahlen hätte.

⁵³ Wo mit dem Rechtsübergang auf den Staat die Entziehung des Vorteils vollständig wäre, wie bei empfangenen Forderungen und andern Rechten (Art. 59 Abs. 1 StGB), wäre natürlich eine «tatsächliche Wegnahme» sinnlos, das öffentliche Interesse an der Einziehung also schon befriedigt. Eine andere Frage ist, ob man Forderungen und andere Rechte überhaupt als Zuwendungsobjekte betrachten will.

II. TEIL

Art. 59 Abs. 1 StGB¹

I. Kapitel

Voraussetzungen des Verfalls

Der Verfall gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB setzt einerseits voraus, dass eine Zuwendung gemacht werde, und anderseits, dass die Zuwendung bestimmt war, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen.

I. Titel: Die Zuwendung

I. Das Zuwenden

«Zuwendung» als Tätigkeit bedeutet die Uebertragung eines Vorteils («avantages», «profitti») seitens einer Person auf eine andere Person. Das bestätigt der Ausdruck «Geschenke», die als Beispiele der Zuwendungen genannt sind.

Unerlässliche Voraussetzung ist ein Zuwendungsempfänger. Das ergibt sich schon daraus, dass Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB ausdrücklich einen Empfänger voraussetzt; nur gegen ihn soll sich der staatliche Ersatzanspruch richten können. Wenn aber die Entstehung des Ersatzanspruchs einen Empfänger voraussetzt, muss dies auch für den ding-

¹ Für die Bestechung enthält das deutsche RStGB eine ähnliche Bestimmung in § 335: «In den Fällen der §§ 331 bis 334 ist im Urteil das Empfangene oder der Wert desselben für dem Staate verfallen zu erklären.»

lichen Herausgabeanspruch, an dessen Stelle ja der Ersatzanspruch treten soll, und somit für den Verfallseintritt überhaupt gelten.

«Empfangen» ist ein Vorteil, sobald er sich rechtlich oder wirtschaftlich im Vermögen des Zuwendungsempfängers befindet. Erst dann kann nämlich diesem ein Vorteil entzogen werden. Unerheblich ist grundsätzlich, ob der Zuwendungsempfänger mit der Zuwendung einverstanden war oder ob sie ihm z. B. gegen seinen Willen zugeschickt worden ist.²

II. Der Zuwender

Bei Art. 59 Abs. 1 StGB können unterschieden werden: Die Person, welche die Zuwendung bewirkt, um dadurch eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen (Bestimmender); die Person, welche am Zuwendungsobjekt private Rechte hat oder hatte, z. B. der Eigentümer; die Person, welche wirtschaftlich aus ihrem Vermögen einen Vorteil auf den Zuwendungsempfänger überträgt und so die Zuwendung vollzieht (Zuwender). Der Bestimmende und der Zuwender können sich natürlich noch eines Boten bedienen. Die Eigenschaften des Zuwenders, Bestimmenden und am Zuwendungsobjekt Berechtigten werden regelmässig in einer Person vereinigt sein, müssen es aber weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck des Gesetzes³.

III. Der Zuwendungsempfänger

1. Die Person, welche das Zuwendungsobjekt durch den Zuwender übertragen erhält, nenne ich Zuwendungsempfänger. Von ihm ist die

² Für § 335 RStGB vgl. z. B. Frank 755, Köhler 619, Schöнке 707 f. — Ist das Zuwendungsobjekt nur bereitgehalten oder angeboten, jedoch nicht übergeben worden, so ist der Verfall ausgeschlossen; vgl. für § 335 RStGB Frank 755, Schöнке 708.

³ Das erhellt aus folgendem Beispiel: A hat ein Delikt begangen, wofür ihn B belohnen will. B verspricht deshalb dem A, er werde dessen Onkel C (Zuwender) veranlassen, dem Neffen A ein Geburtstagsgeschenk zu machen. Der gutgläubige C erteilt der Bank D (zivilrechtlicher Eigentümer des Zuwendungsobjektes) auf Veranlassung des B den Auftrag, dem A (Zuwendungsempfänger) eine Geldsumme auszusahlen. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Willen des B (Bestimmender) und der Vornahme der Zuwendung ist vorhanden; diese ist also zur Belohnung einer strafbaren Handlung bestimmt und muss daher verfallen können. (Vorbehalten bleibt ein Rückleistungsanspruch des gutgläubigen Zuwenders.)

i. S. des Gesetzes zu veranlassende oder zu belohnende Person zu unterscheiden. So kann der Vater veranlasst werden wollen, indem man dem Sohn eine Zuwendung macht.

Das Gesetz beantwortet die Frage nicht ausdrücklich, ob der Zuwendungsempfänger mit der zu veranlassenden oder zu belohnenden Person stets identisch sein müsse oder nicht. Der französische und der italienische Text lassen zwar den Schluss zu, dass Identität nicht erforderlich sei; denn sie sprechen einerseits vom Täter («l'auteur d'une infraction», «l'autore di un reato») und andererseits vom Zuwendungsempfänger («celui qui les a reçus», «chi li ha ricevuti»), also von zwei verschiedenen Personen. Eine eindeutige Lösung des Problems kann aber darin nicht gesehen werden. Sie muss daher aus dem Sinn des Gesetzes hergeleitet werden:

Ein Vorteil kann einer Person mittelbar auch dadurch zukommen, dass eine andere Person das Zuwendungsobjekt übertragen erhält. So wird der Vater finanziell entlastet, wenn der Zuwender dem Sohn die Studiengelder zahlt. Ebenso kann der Vater einen psychischen⁴ Vorteil erhalten, wenn sein Sohn durch Zuwendungen vor dem Konkurs bewahrt wird, den der Vater mit seinen Mitteln nicht hätte abwenden können. Auch durch Zuwendung solcher indirekter Vorteile ist eine Belohnung i. w. S. oder eine Veranlassung einer strafbaren Handlung möglich. Zur Erreichung des Gesetzeszweckes müssen daher auch solche Vorteile zunichte gemacht werden; der Verfall muss deshalb eintreten können⁵. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass es unerheblich ist, ob die zu veranlassende oder zu belohnende Person tatsächlich einen Vorteil erhält; wesentlich ist nach dem Gesetze nur, dass die Zuwendung dazu bestimmt war. Ist der Wille des Bestimmen-

⁴ Der Verfall erfasst nur Zuwendungsobjekte mit Geldwert (unten IV Ziff. 4). Die Gründe für diese Einschränkung sind jedoch für die mittelbaren Vorteile, die der zu veranlassenden oder zu belohnenden Person erwachsen sollen, nicht beachtlich.

⁵ Ebenso Böhler 46 f. Hafter I 420, Logoz N. 3a zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 1 zu Art. 59 scheinen dagegen den Empfänger und den Täter («l'auteur d'une infraction») zu identifizieren. — Eine andere Frage ist, ob der Verfall gegenüber einer Person erklärt werden darf, die im Strafverfahren nicht angeschuldigt ist.

den darauf gerichtet, dass ein Vorteil erwachsen solle, so ist der Verfall gerechtfertigt, selbst wenn der zu veranlassenden oder zu belohnenden Person tatsächlich überhaupt kein Vorteil erwachsen ist.

2. Könnte der Verfall nur eintreten, wenn der Zuwendungsempfänger die verwerfliche Bestimmung der Zuwendung kennt und urteilsfähig ist, so müsste der urteilsunfähige Mörder seinen Verbrecherlohn behalten dürfen; desgleichen würde der gutgläubige A aus verwerflichem Grunde bereichert bleiben, wenn er von B eine Zuwendung erhielte, weil dieser den A irrtümlich als Verbrecher betrachtet hatte und ihn für seine Tat belohnen wollte. Ebenso wäre eine Wegnahme ausgeschlossen, wenn eine Zuwendung an den urteilsunfähigen oder gutgläubigen Sohn des Mörders gemacht würde, um den Letzteren zu belohnen; das müsste selbst dann gelten, wenn sich der Vater die Zuwendung an den Sohn vor der Tat hätte versprechen lassen. Solche Resultate sind unannehmbar; sie würden sowohl dem Zweck wie dem Wortlaut des Gesetzes zuwiderlaufen.

Der gute oder böse Glaube⁶ des Zuwendungsempfängers und seine Urteilsfähigkeit müssen deshalb für den Verfallseintritt und die Entstehung der öffentlichrechtlichen Ansprüche aus dem Verfall grundsätzlich unerheblich sein.

IV. Das Zuwendungsobjekt

Das Gesetz nennt als Zuwendungsobjekte die «Geschenke und andern Zuwendungen». «Zuwendungen» ist also der Oberbegriff, «Geschenke» ein Beispiel⁷. Eine Untersuchung der Unterscheidungsmerkmale der beiden Begriffe ist praktisch bedeutungslos; denn der Verfall erfolgt, ob ein Vorteil nur eine Zuwendung im allgemeinen oder

⁶ Ebenso Böhler 47. Deshalb ist der Verfall beispielsweise ferner möglich, wenn der gutgläubige Zuwendungsempfänger das zwecks Bestechung oder Anstiftung zu Verbrechen gemachte Geschenk erhält, während der Brief, in welchem er zur Amtspflichtverletzung oder zu Verbrechen aufgefordert wird, an die falsche Adresse gelangt.

⁷ Hafter I 420. — Hinsichtlich der Bestechungsdelikte umschreiben den Begriff der «Geschenke» z. B. Kraft 53 f., Peter 37 f., Thormann/von Overbeck N. 4 zu Art. 281, Wehrli 17.

zudem noch speziell ein Geschenk darstellt. Dagegen erfordert der umfassendere Begriff der «Zuwendung» eine Abklärung.

1. Der Ausdruck «Zuwendungen» ist im französischen Text mit «*avantages*», im italienischen mit «*profitti*» übersetzt; beides bedeutet «Vorteile». Die Zuwendungsobjekte sollen also Vorteile⁸ darstellen, durch die der Zuwendungsempfänger bereichert werden soll. Daraus ist negativ zu schliessen, dass nur insoweit eine Zuwendung i. S. des Gesetzes vorliegt, als eine Bereicherung erreicht wurde.

Steht daher der Zuwendung eine rechtmässige *G e g e n l e i s t u n g* gegenüber, so muss sie von der Zuwendung abgezogen werden⁹. Nur der Rest kann die Zuwendung i. S. des Gesetzes, den «Vorteil» darstellen. Dabei ist nicht auf die Differenz der Verkehrswerte beider Leistungen abzustellen, sondern auf das, was als «Vorteil» zugewendet werden wollte. Dasselbe Resultat ergibt sich aus der Ueberlegung, dass nur derjenige Teil der Zuwendung verfallen soll, welcher gerade zur Veranlassung oder Belohnung einer strafbaren Handlung bestimmt war; derjenige Teil, der als Entgelt für eine rechtmässige Gegenleistung bestimmt war, fällt nicht darunter. Bei der Wegnahme können allerdings Schwierigkeiten auftreten, wenn nicht genau festgestellt werden kann, welcher individuell bestimmte Teil des Zuwendungsobjektes den Vorteil darstellt. Die Wegnahme ist jedoch in öffentlichem Interesse geboten, das den Privatinteressen nach allgemeiner Anschauung vorgeht¹⁰. Sie müsste daher grundsätzlich selbst dann erfolgen, wenn sie die ganze Leistung und nicht nur den «Vorteil» betreffen würde. Es dürfte hier aber Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB zugunsten des Empfängers analog anwendbar sein und deshalb anstelle des Herausgabeanspruchs ein Ersatzanspruch treten, der nur auf den Wert der «Zuwendung» i. S. des Art. 59 Abs. 1 StGB geht. Es liesse sich auch rechtfertigen, das Zuwendungsobjekt einzuziehen, zu versteigern und den nicht auf die «Zuwendung» entfallenden Teil des Steigerungserlöses dem Empfänger auszuhändigen.

⁸ Hafer I 420.

⁹ Anderer Ansicht für das MStGB EMKG vom 16. 11. 1943 i. S. von Ah, zitiert bei Comtesse N. zu Art. 42 Abs. 1; ebenso für § 335 RStGB Schwarz 502.

¹⁰ Vgl. z. B. Nawiasky 258.

2. Der Zuwendungsempfänger kann dadurch bereichert werden, dass er rechtlich oder wirtschaftlich einen Vorteil erhält.

Eine *rechtliche* Bereicherung wird in den seltenen Fällen vorliegen, wo der Zuwendungsempfänger die verwerfliche Bestimmung der Zuwendung nicht kennt, also gutgläubig ist. So wird der gutgläubige Erwerber einer Sache regelmässig deren Eigentümer. Diese Rechte müssen nach dem Gesetzeszweck dem Zuwendungsempfänger entzogen und auf den Staat übertragen werden; denn sonst bestünde eine Bereicherung nach wie vor.

Eine rechtliche Bereicherung ist aber weder nach dem Gesetzeszweck noch nach dem Gesetzeswortlaut erforderlich. Es genügt vielmehr, dass der Zuwendungsempfänger *wirtschaftlich* bereichert wird. Dabei ist stets genau abzuklären, worin die Bereicherung besteht. Eine zugewendete Sache selbst wird nur dann verfallen können, wenn der Zuwendungsempfänger die wirtschaftliche Verfügungsmacht eines Eigentümers erlangt, dagegen nicht, wenn die Sache bloss leihweise übertragen wurde; diesfalls stellt nämlich nur die Gebrauchsmöglichkeit den Vorteil dar¹¹.

3. Eine Bereicherung i. w. S. ist durch Zuwendung materieller wie immaterieller Vorteile möglich. Die Vorteile, welche verfallen können, müssen jedoch vernünftigerweise begrenzt sein. Eine Grenze ist Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB zu entnehmen. Dieser bestimmt, dass der Empfänger den Wert der Zuwendungen schulde, falls sie nicht mehr vorhanden seien, setzt also den *Geldwert*¹² der Zuwendungsobjekte voraus.

4. Als Zuwendungsobjekte kommen vor allem *körperliche Sachen* in Betracht. Die gesetzlichen Ausdrücke «Empfänger» («celui qui les a reçus», «chi li ha ricevuti») und «nicht mehr vorhanden sein» («n'existent plus en nature») scheinen auf sie allein zugeschnitten zu sein. Auffällig ist auch, dass Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB des französischen Textes den Ausdruck «objets» verwendet, der in Abs. 2 gebraucht wird, wo als Gegenstände der Aneignung nur körperliche

¹¹ Vgl. zu § 335 RStGB Binding, Lehrbuch, Band 2 Abt. 2 734.

¹² Ebenso Hafter I 420, offenbar auch Clerc/Steck 163, Petrzilka N. zu Art. 59.

Sachen in Frage kommen. Die Frage, ob der Gesetzgeber den Verfall nicht auf übertragene körperliche Sachen beschränken wollte, ist daher nicht unbegründet. Die Gesetzesmaterialien scheinen jedenfalls mehrfach darauf hinzuweisen.¹³

Nach dem allgemeinen Gedanken des Gesetzes wäre allerdings auch der Verfall von übertragenen Forderungen und andern Rechten sowie von allen andern erbrachten, geldwerten Leistungen zulässig. Sogar rechtsgültige (gegenüber einem Gutgläubigen abgegebene) Leistungsversprechen müssten verfallen können¹⁴. Solange der Empfänger rechtlich und wirtschaftlich bereichert ist, ist eben der zugewendete Vorteil noch nicht abgeschöpft. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich der Gesetzgeber von vornherein auf die Ausgleichung nur einzelner Gruppen unrechtmässiger Vorteile beschränken wollte und daraus auch die Beschränkung der Verfallsobjekte auf körperliche Sachen erklärbar wäre. Ferner würden der Einziehung anderer als körperlicher Sachen oft erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen, so wenn das Zuwendungsobjekt in einer Dienstleistung i. w. S., in einem Dienstleistungsversprechen, in einer Unterlassung oder in einem Vermögenskomplex bestünde.

¹³ So sprach sich B o l l i gemäss Prot. I 346 gegen den Verfall blosser Versprechungen aus, weil die rechtliche Lage gegenüber den «effektiv vorhandenen Objekten» eine andere sei. Ferner wurde als Marginale der dem Art. 59 StGB entsprechenden Bestimmung eines Entwurfs vorübergehend die Wendung «Anfall von Geldern und andern Gegenständen» gebraucht (Prot. I 382). Bei der Beratung des Art. 42 Abs. 1 MStGB wurde mehrfach von «Gegenständen» gesprochen, worunter regelmässig eine körperliche Sache verstanden wird (StenBull StR 1926 192, NR 1926 778). — T h o r m a n n / v o n O v e r b e c k N. 2 zu Art. 59 verstehen unter «Zuwendungen» nur Sachen; anderer Ansicht offenbar B ö h l e r 80. — Hinsichtlich § 335 RStGB herrscht die Ansicht, dass jeder Vorteil, auch Dienstleistungen, Unterlassungen, GmbH-Anteile usw. oder deren Wert, verfallen könne; vgl. z. B. B i n d i n g, Lehrbuch, Band 2 Abt. 2 734, F r a n k 755, S c h ö n k e 707, S c h w a r z 502.

¹⁴ So offenbar C l e r c / S t e c k 162. — Nach Prot. I 346, 348 sollten Versprechen nicht verfallen können; immerhin lassen die Materialien den Schluss zu, dass in erster Linie an die zivilrechtlich ungültigen Versprechen gedacht wurde. Insoweit liegt natürlich weder eine rechtliche noch wirtschaftliche Bereicherung vor.

II. Titel: Das Bestimmen der Zuwendung, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen¹⁵

I. Das Bestimmen

1. Bestimmt werden soll gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB eine Zuwendung zur Veranlassung oder Belohnung einer strafbaren Handlung. «Bestimmen» bedeutet in diesem Zusammenhang: vermittels einer Zuwendung veranlassen oder belohnen wollen.

Der Bestimmende ist die Person, welche eine Zuwendung mit dem Willen, dadurch eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, bewirkt. Diese Person muss mit dem Zuwender oder dem am Zuwendungsobjekt Berechtigten nicht notwendigerweise identisch sein¹⁶.

2. Das Gesetz verlangt nur, dass die Zuwendung bestimmt sei, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen. Wesentlich ist demnach allein, dass der Bestimmende die Veranlassung oder Belohnung einer strafbaren Handlung wollte, also in seine Vorstellung aufnahm. Unerheblich muss sein, ob die Veranlassung oder Belohnung tatsächlich erreicht und das Delikt tatsächlich begangen wurde oder begangen wird¹⁷.

Andererseits darf konsequenterweise nur auf den Tatbestand abgestellt werden, den sich der Bestimmende vorstellte. Handelt er in einem Irrtum über den Sachverhalt (vgl. Art. 19 StGB), so muss demnach der Verfall ausgeschlossen sein, wenn der vorgestellte Sachverhalt nicht eine strafbare Handlung darstellt. Das trifft beispielsweise zu, wenn der Bestimmende einen Beamten irrtümlich für einen Nichtbeamten hält und zu einer Tat veranlasst, für die nur ein Beamter strafbar ist. Befindet sich lediglich der Täter in einem Irrtum über den Sachverhalt, so muss dagegen die Zuwendung verfallen können,

¹⁵ Richtiger verlangt der französische Text die Veranlassung oder Belohnung des Täters der strafbaren Handlung.

¹⁶ Vgl. II. Teil, I. Kapitel, I. Titel, II.

¹⁷ Im gleichen Sinne H a f t e r I 420 sowie hinsichtlich des MStGB C o m - t e s s e N. zu Art. 42 Abs. 1 und StenBull NR 1925 367, NR 1926 778, StR 1927 6. Somit kann bei der Bestechung auch die Zuwendung verfallen, die ihren Zweck verfehlt, weil der Bestochene keine amtspflichtwidrige Handlung vornimmt.

wenn der Bestimmende den Irrtum kennt; denn bei Art. 59 StGB genügt eine objektiv strafbare Handlung¹⁸.

3. Bei enger Auslegung des Art. 59 Abs. 1 StGB könnte eine Zuwendung nur dann verfallen, wenn sie gerade aus dem Grunde und zu dem Zwecke erfolgt wäre, eine s t r a f b a r e Handlung zu veranlassen. Ein Verfall könnte dann nicht eintreten, wenn die Vornahme einer rechtmässigen Handlung das Ziel war, jedoch durch die Annahme der Zuwendung notwendigerweise eine strafbare Handlung begangen wurde. So würde der Zuwendungsempfänger den Vorteil behalten können, wenn er sich der passiven Bestechung oder der Annahme von Geschenken (Art. 315 und 316 StGB) schuldig machte und der Bestimmende mit der Zuwendung keine rechtswidrige, strafbare Handlung erzielen wollte.

Diese Resultate widersprechen dem Gesetzeszweck. Das Bundesgericht hat deshalb angenommen, dass ein Verfall auch dann eintrete, wenn zwar mit der Zuwendung keine strafbare Handlung bezweckt war, der Zuwendungsempfänger sich aber durch die Annahme notwendigerweise einer strafbaren Handlung schuldig macht¹⁹. Zur Begründung wird ausgeführt, das Delikt des Zuwendungsempfängers sei als notwendige Folge der Annahme vom Bestimmenden «mitgewollt». Ich stimme dieser Praxis zu; denn sie entspricht dem Grundgedanken des Gesetzes und wird — bei ausdehnender Auslegung — durch den Wortlaut gedeckt²⁰. Eine solche Interpretation darf jedoch nur mit Bezug auf die Veranlassung, nicht auch die Belohnung, gelten²¹.

Wie aus der Begründung des Bundesgerichtes («mitgewollt») zu schliessen ist, hat es den Begriff «bestimmen» hinsichtlich der Veran-

¹⁸ Vgl. I. Teil, II. Kapitel, I.

¹⁹ BGE 71 IV 148; zustimmend Waiblinger in ZbJV 83 S. 334. Diese Auffassung entspricht für die Bestechung derjenigen der II. Expertenkommission (Prot. VI 133 ff.), die Hafter I 420 und Peter 50 teilen. Anderer Ansicht Böhler 48 f. und für das MStGB Comtesse N. 2 zu Art. 143.

²⁰ Umso mehr billige ich die Praxis, wonach der Verfall auch eintritt, wenn die Annahme der Zuwendung Ausfluss einer zum subjektiven Tatbestand gehörenden Absicht (Gewinnsucht) ist (BGE 72 IV 101 ff; zustimmend Waiblinger in ZbJV 84 S. 428).

²¹ Vgl. unten IV.

lassung mit «wollen» identifiziert und in Anlehnung an den Vorsatzbegriff ausgelegt. Will man konsequent sein, so muss man als «mitgewollt» alles betrachten, was wegen der Zuwendung sicher eintritt, mag es auch nicht bezweckt sein (entsprechend dem *dolus directus*), so dann aber auch, was bloss möglicherweise eintritt, wenn nur der Bestimmende für den Fall des Eintritts damit einverstanden, es also auch gewollt ist (entsprechend dem *dolus eventualis*).

II. Die strafbare Handlung

Da eine objektiv strafbare Handlung für den Verfallseintritt genügt, braucht sich die Vorstellung des Bestimmenden nur auf sie zu beziehen, jedenfalls also nicht auf die Zurechnungsfähigkeit²². Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen gehören nicht zum Tatbestand i. e. S. eines Deliktes. Eine Handlung ist jedoch nur strafbar, wenn die Strafbarkeitsbedingungen vorliegen. Daher ist anzunehmen, dass auch sie von der Vorstellung des Bestimmenden umfasst sein müssen. Entsprechendes kann aber nicht von den Prozessvoraussetzungen gelten, da sie lediglich Voraussetzungen der Verfolgung einer bereits vorhandenen Straftat sind. Nach der Auffassung des Bundesgerichtes ist der Strafantrag lediglich eine Prozessvoraussetzung, nicht auch eine Strafbarkeitsbedingung²³.

Art. 59 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die Handlung nach eidgenössischem Recht strafbar sei. Denn insoweit die Kantone selbst strafrechtliche Tatbestände aufstellen können, sind sie frei, die «Allgemeinen Bestimmungen» für dieselben selber festzusetzen. Das StGB gilt für das kantonale Strafrecht nicht einmal subsidiär²⁴. Es könnte höchstens kraft einer Verweisung des kantonalen Rechts, also als solches, zur Anwendung gelangen.

III. Das Veranlassen

Da die Zuwendung ein künftiges Delikt veranlassen soll, so muss der Bestimmende sie als Ursache und die Veranlassung als Wirkung

²² Vgl. I. Teil, II. Kapitel, I.

²³ Vgl. I. Teil, III. Kapitel, II Ziff. 3.

²⁴ Vgl. Böhler 86, Hafter I 34 f., Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 335.

denken und wollen. «Veranlassen wollen» bedeutet wörtlich: «Anlass geben bzw. Ursache setzen wollen zu etwas». Dies trifft besonders dann zu, wenn vermittels der Zuwendung angestiftet werden will²⁵. Die Anstiftung darf als schärfste Form der Veranlassung bezeichnet werden. Benutzt der Bestimmende einen Unzurechnungsfähigen als Werkzeug zur Tat und veranlasst er ihn hiezu (oder belohnt ihn hierfür) mit einer Zuwendung, so muss der Verfall eintreten können. Allerdings ist der Bestimmende hier sog. mittelbarer Täter, veranlasst (und belohnt) also bei formalistischer Auslegung keine fremde Tat, da er sie selber begeht. Bei näherem Zusehen kann aber nicht bestritten werden, dass auch der Unzurechnungsfähige selbst eine objektiv strafbare Handlung vornimmt, die den Eintritt des Verfalls rechtfertigt. Eine solche ausdehnende Auslegung drängt sich im Hinblick auf den Art. 59 Abs. 1 StGB zugrundeliegenden Zweckgedanken auf. Aus rein formalistischen Gründen sollte der Verfall nicht ausgeschlossen werden.

Die Zuwendung kann ferner Ursache der Tat sein, wenn zwar der Täter seinen verbrecherischen Entschluss bereits gefasst hat, jedoch ohne die Zuwendung keine Ausführungsmöglichkeit sieht. Es kann ihm beispielsweise das notwendige Bahnbillet fehlen. Soll durch die Zuwendung das Delikt ermöglicht werden, so muss der Verfall eintreten können. Dagegen darf nicht bloss erleichtert werden wollen, was ohnehin geschehen wäre. Der Verfall wäre hier nur kraft analoger Anwendung des Art. 59 Abs. 1 StGB möglich, wenn die Zuwendung nicht etwa eine Belohnung darstellt. Die analoge Anwendung einer strafrechtlichen Massnahmen zuungunsten des Pflichtigen ist aber — nach der herrschenden Ansicht — ausgeschlossen²⁶.

Der Verfall wird sogar dann zuzulassen sein, wenn der Bestimmende weiss, dass der verbrecherische Entschluss gefasst wurde, je-

²⁵ Vgl. Hafter I 420, Logoz N.3b zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 59, die alle die Anstiftung nur als Beispiel der Veranlassung nennen.

²⁶ Ebenso Hafter I 11 und offenbar Thormann/von Overbeck N. 11 zu Art. 1. Diese Auffassung scheint auch BGE 71 IV 148, 73 IV 104, 74 IV 22 ff. zugrunde zu liegen, wo bei der Auslegung des Art. 59 StGB stets auch auf den Wortlaut abgestellt wird.

doch befürchtet, dass der Täter wieder davon abkommen könnte, und dies durch die Zuwendung verhindern will. Denn die Zuwendung ist diesfalls in der Vorstellung gemacht worden, dass sie kausal für die Tatbegehung sein könnte. Damit ist eine allfällige Veranlassung jedenfalls mitgewollt. Rechnet der Zuwender dagegen mit Sicherheit damit, dass die bereits beschlossene Tat auch ohne das Geschenk verübt werde, so kann nicht mehr von Veranlassung, sondern höchstens von vorgängiger Belohnung gesprochen werden.

IV. Das Belohnen

Unter «Belohnung durch Zuwendung» ist in diesem Zusammenhang die Zuwendung eines Vorteils als «Gegenleistung» für ein bestimmtes Verhalten, nämlich die strafbare Handlung, zu verstehen. Deutlich wirken besonders der französische und der italienische Text («récompenser», «ricompensare»).

Es muss also ein Kausalzusammenhang zwischen der vom Bestimmenden angenommenen strafbaren Handlung und der Vorteilsentstehung vorhanden sein. Dieser kann bei der Belohnung nur durch den Zweck der Zuwendung begründet werden: Der Kausalzusammenhang liegt nur dann vor, wenn die Zuwendung gerade mit Rücksicht darauf bewirkt wurde, dass sich der Bestimmende eine strafbare Handlung vorstellte und der Täter wegen dieser direkt oder indirekt einen Vorteil erhalten soll. Hat der Zuwendungsempfänger zwar ein Delikt begangen, ist aber mit der Zuwendung keine Belohnung bezweckt, so ist der Verfall ausgeschlossen. Er lässt sich hier nicht etwa — wie bei der zur Veranlassung bestimmten Zuwendung — damit begründen, die Belohnung sei «mitgewollt».

Die Belohnung wird häufig nach der Straftat erfolgen. Zuwendungen vor dem Delikt müssen aber nicht notwendigerweise zur Veranlassung desselben gemacht worden sein. Vielmehr können sie unter Umständen eine Belohnung darstellen, die zum voraus für ein künftiges Delikt gegeben wird.

II. Kapitel

Die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates

Der Staat kann einerseits einen öffentlichrechtlichen, dinglich wirkenden Anspruch auf Herausgabe der Zuwendung in natura haben,

andererseits einen öffentlichrechtlichen, obligatorischen Anspruch auf Ersatz des Wertes der nicht mehr «vorhandenen» Zuwendung.

I. Der dingliche öffentlichrechtliche Herausgabeanspruch

1. Herausverlangt werden soll das Zuwendungsobjekt in natura, so, wie es übertragen worden ist. Ist das Zuwendungsobjekt nur noch teilweise «vorhanden», so kann es natürlich auch nur teilweise herausverlangt werden. Für den Rest ist höchstens ein Ersatzanspruch gemäss Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB möglich.

Ist das Zuwendungsobjekt eine körperliche Sache, so wird sie regelmässig vor der Verfallserklärung beschlagnahmt, dem Zuwendungsempfänger also bereits tatsächlich entzogen worden sein. Hat der Zuwendungsempfänger durch die Zuwendung das Eigentumsrecht an der Sache erworben, so muss es auf den Staat übergehen, da sonst der Zuwendungsempfänger nach wie vor rechtlich bereichert wäre. Hat der Zuwendungsempfänger nicht das Eigentumsrecht, sondern nur die tatsächliche Herrschaft eines Eigentümers über die Sache erhalten, so ist mit der herrschenden Lehre anzunehmen, dass der Staat nicht nur diese tatsächliche Herrschaft, sondern zudem das Eigentumsrecht erwirbt²⁷. Dafür spricht insbesondere der französische Gesetzeswortlaut («sont acquis à l'Etat») und Art. 381 StGB, nach welchem dem Staat das Verfügungsrecht über die verfallenen Geschenke und andern Zuwendungen zugestanden wird. Vorbehalten bleibt die Rücksichtnahme auf allfällig bestehende private, dingliche Rechte, soweit sie nicht vom Zuwendungsempfänger selbst durch die Zuwendung erworben wurden.

Soweit als Zuwendungsobjekte andere Rechte als das Eigentum, z. B. beschränkte dingliche Rechte und Forderungen, sowie eine der rechtlichen Stellung eines beschränkt dinglich Berechtigten entsprechende tatsächliche Herrschaft über einen Gegenstand in Betracht fallen, sind die vorstehenden Regeln entsprechend anzuwenden.

²⁷ Den Eigentumsübergang nehmen ausdrücklich an Böhler 111 f., Logoz N. 3b zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 2 zu Art. 59. — Ueber den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges vgl. I. Teil, IV. Kapitel. — Auch beim Verfall gemäss § 335 RStGB wird Eigentumsübergang angenommen; vgl. z. B. Binding, Grundriss, 259 ff., Köhler 619, Vorberg 12.

2. Die strafbare Handlung soll dadurch veranlasst oder belohnt werden, dass das Zuwendungsobjekt ins Vermögen des Zuwendungsempfängers gelangt und damit der Täter direkt oder indirekt einen Vorteil erhält. Scheidet das Zuwendungsobjekt aus dem Vermögen des Zuwendungsempfängers aus, so hat der Täter den Vorteil nicht mehr, den ihm der Bestimmende zudachte. Diesfalls kann deshalb der Gesetzeszweck nicht mehr dadurch erreicht werden, dass das Zuwendungsobjekt einem dritten Erwerber desselben (z. B. einem Käufer) abgenommen wird.

Der Zuwendungsempfänger kann anderseits eine Gegenleistung (z. B. den Kaufpreis) vom neuen Erwerber des Zuwendungsobjektes erhalten haben. Der Gesetzeszweck erfordert deren Wegsteuerung, weil sonst der Täter doch noch unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil innehat. Dessen Ausgleichung kann aber hier nur mit dem Ersatzanspruch gemäss Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB erfolgen. Dieser ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn das Zuwendungsobjekt als «vorhanden» gilt, solange es überhaupt in natura in der Hand irgendeiner Person existiert.

Aus diesen Gründen ist anzunehmen, dass das Zuwendungsobjekt wenigstens nur solange als «vorhanden» gilt, als es sich im Vermögen des Zuwendungsempfängers befindet²⁸. Nur solange kann demnach der dingliche Herausgabeanspruch bestehen.

Dasselbe ergibt sich aus Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB, der bestimmt, dass ausschliesslich der Empfänger ersatzpflichtig ist, wenn das Zuwendungsobjekt nicht mehr «vorhanden» ist. Entsprechend muss für den Herausgabeanspruch gelten, dass er nur solange möglich ist, als damit dem Zuwendungsempfänger selbst ein Vorteil entzogen werden kann, das Zuwendungsobjekt sich also noch in seinem Vermögen befindet.

Hat zudem ein Dritter das Zuwendungsobjekt vom Zuwendungsempfänger übertragen erhalten, so liegt keine Zuwendung an den Dritten vor, die — vom ursprünglich Bestimmenden — bestimmt war, eine

²⁸ Im gleichen Sinne offenbar Böhler 46 a 24, der die Zuwendungen dann nicht mehr als «vorhanden» betrachtet, wenn sie nicht mehr in der Verfügungsgewalt des Empfängers stehen.

strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen. Das Zuwendungsobjekt mag zwar identisch sein; aber die den Verfall herbeiführende Zweckbestimmung ist nicht mehr vorhanden. Das Zuwendungsobjekt verfällt ja nicht etwa deshalb, weil es durch den Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung «unrein» geworden wäre; sonst dürften keine Ersatzansprüche aufgestellt und auch die dinglichen Rechte unbeteiligter Dritter nicht geschont werden.

Eine Entziehung des Zuwendungsobjektes und damit ein Herausgabeanspruch kann folglich dann ganz oder teilweise nicht mehr möglich sein, wenn das Zuwendungsobjekt ganz oder teilweise veräußert wurde, verloren ging oder untergegangen ist, oder wenn schliesslich der Zuwendungsempfänger gestorben ist²⁹. In allen diesen Fällen muss das Zuwendungsobjekt ganz oder teilweise als nicht mehr «vorhanden» gelten. Eine andere Frage ist, ob ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden kann; er ist selbstverständlich ausgeschlossen, wenn das Zuwendungsobjekt während der amtlichen Verwahrung durch den Staat unterging. Massgebend ist stets die Sachlage im Zeitpunkt der Vollstreckung; dann erst zeigt es sich, ob die Zuwendung dem Zuwendungsempfänger noch in natura entzogen werden kann oder nicht³⁰.

Solange der dingliche Herausgabeanspruch besteht, ist es natürlich unerheblich, wo das Zuwendungsobjekt liegt (z. B. bei einem Depositar, in einem Banksafe). Kraft des dinglichen Herausgabeanspruchs kann es auch hier herausverlangt werden³¹.

²⁹ Böhler 46 a 24 nennt neben Veräußerung, Vernichtung oder Verlust noch die Verpfändung; vgl. hierfür unten III. Kapitel. Clerc/Steck 162 f. führt aus: «Es gibt aber Zuwendungen und Vorteile, die nicht konfisziert werden können, etwa aus dem einfachen Grunde, dass das Geld bereits vertan wurde. Das Gesetz sieht diesen Fall vor; Art. 59 geht so weit zu bestimmen: Sind sie (die Geschenke und andern Zuwendungen) nicht mehr vorhanden, so schuldet der Empfänger dem Staate deren Wert.» Logoz N. 3b zu Art. 59 scheint einen Ersatzanspruch nur zuzulassen, wenn die Zuwendungen nicht mehr in natura existieren, also körperlich untergegangen sind. — Der französische Text übersetzt die Worte «Wenn sie nicht mehr vorhanden sind» mit «S'ils n'existent plus en nature»; diese Fassung ist meiner Ansicht nach zu eng.

³⁰ Böhler 46 stellt auf den Urteilszeitpunkt ab.

³¹ Vgl. Hafer I 420 f.

II. Der öffentlichrechtliche Anspruch auf den Wert

1. Die staatlichen Ersatzansprüche entstehen nach Art. 59 Abs. 1 StGB erst, wenn das Zuwendungsobjekt «nicht mehr vorhanden» ist, folglich nicht mehr kraft des dinglichen Herausgabeanspruchs eingezogen werden kann³². Sie treten also an Stelle des Herausgabeanspruchs und können demnach nur insoweit gegeben sein, als ein solcher bestand, aber nicht mehr besteht. Demgemäss setzt der Ersatzanspruch voraus, dass die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs gemäss Art. 59 Abs. 1 Satz 1 StGB vorliegen, jedoch das Zuwendungsobjekt «nicht mehr vorhanden» ist³³.

In welchen Fällen das Zuwendungsobjekt als «nicht mehr vorhanden» gelten muss, wurde teilweise bereits bei der Betrachtung des Herausgabeanspruchs festgestellt. Der Begriff «nicht mehr vorhanden sein» muss aber noch weitere Fälle umfassen: Wenn der Zuwendungsempfänger die Herausgabe praktisch verunmöglicht, indem er das Zuwendungsobjekt verheimlicht, ist er noch immer bereichert. Dasselbe gilt, wenn die Zuwendung in Geld bestand, das ununterscheidbar mit eigenem Geld des Zuwendungsempfängers vermischt wurde und sich noch in natura im Vermögen des Zuwendungsempfängers befindet. Zur Befriedigung des öffentlichen Interesses ist es notwendig, dass der Ersatzanspruch auch hier entstehen kann. Er wird also auch überall da entstehen können, wo das Zuwendungsobjekt nicht mehr so im Vermögen des Zuwendungsempfängers vorhanden ist, dass dem Staat die Wegnahme in natura kraft des dinglichen Herausgabeanspruchs praktisch möglich ist.

Die Feststellung, ob das Zuwendungsobjekt noch «vorhanden» ist oder nicht, ist unter Umständen bereits im Zeitpunkt der Verfalls-erklärung möglich, besonders weil regelmässig vor derselben die Beschlagnahme angeordnet werden wird. Ausschlaggebend ist jedoch der Zeitpunkt der Vollstreckung (soweit sie überhaupt noch nötig ist). Wo deshalb im Moment der Verfalls-erklärung der Gegenstand zwar noch «vorhanden» ist, aber nach den Umständen noch ein Ersatzanspruch in Frage kommt, wird neben dem Entscheid über den Zuwendungsver-

³² Im gleichen Sinne B ö h l e r 46.

³³ Im gleichen Sinne BGE 72 IV 148.

fall noch eine eventuelle Verurteilung auf den Wert als einer ziffernmässig bestimmten Geldsumme erfolgen müssen. Dieser Entscheid bedarf dann allerdings zur Vollstreckung noch einer Feststellung, dass das Zuwendungsobjekt nicht mehr «vorhanden» und damit die Bedingung eingetreten ist³⁴.

2. Der Ersatzanspruch kann nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nur gegen den Zuwendungsempfänger gerichtet sein³⁵. Ist er gestorben, fällt daher der Ersatzanspruch weg; die Schuldpflicht geht nicht etwa auf die Erben über. Das entspricht zudem dem Grundsatz, wonach öffentlichrechtliche Pflichten höchstpersönlich und damit unvererblich sind³⁶.

3. Gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB geht der Ersatzanspruch auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, die dem Wert der Zuwendung entsprechen soll.

Mit dem «Wert» kann nur der objektive Verkehrswert im Zeitpunkt des Zuwendens³⁷ gemeint sein. Rein subjektive Werte würden keinen sicheren Anhaltspunkt bieten. Wenn daher der Zuwendungsempfänger das Zuwendungsobjekt zu einem höheren als dem Verkehrswert veräussert hat, darf er den Ueberschuss behalten. Andererseits stellt sich die Frage, ob in allen Fällen der ganze Verkehrswert gefordert werden dürfe oder nur die noch vorhandene Bereicherung des Zuwendungsempfängers.

Für die zweite Lösung spricht, dass der Zuwendungsempfänger nach dem Grundgedanken des Gesetzes nur insoweit entreichert werden soll, als er bereichert ist; nur der Vorteil soll weggenommen wer-

³⁴ Diese Feststellung dürfte den Vollstreckungsbehörden zu überlassen sein.

³⁵ Ebenso Böhler 45, Hafter I 420.

³⁶ Vgl. Ruck 139.

³⁷ Es soll ja nur derjenige Vorteil, derjenige Wert ausgeglichen werden, welcher dem Empfänger übertragen wurde. Ebenso Böhler 84 a 91; seine Bemerkung, dass der Wert im Urteilszeitpunkt massgebend sein müsste, falls das Urteil über den Verfall konstitutiv wäre, scheint mir dagegen unrichtig; wenn auch das Urteil für die Entstehung des Anspruchs notwendig ist, so braucht sich doch die Höhe dieses Anspruchs nicht notwendigerweise nach der Sachlage zu richten, die im Urteilszeitpunkt vorliegt.

den³⁸. Diesfalls könnte aber der Ersatzanspruch nicht nur beim Verbrauch des empfangenen Geldes, sondern auch dann wegfallen, wenn der Zuwendungsempfänger das Zuwendungsobjekt dem Täter oder seinem Sohne schenken würde, so dass der Täter nach wie vor unmittelbar oder mittelbar bereichert bliebe. Art. 59 Abs. 1 StGB würde in diesen Fällen nicht funktionieren können, und sein Ziel würde nicht erreicht. Eine solche Gefährdung des öffentlichen Interesses würde regelmässig verhindert werden können, wenn der Ersatzanspruch immer auf den ganzen Wert ginge³⁹. Der Zuwendungsempfänger würde davon abgehalten werden, den Verfall unwirksam zu machen, wenn er es ohne Nachteil nicht tun könnte. Aus demselben Grunde würde er auch das Zuwendungsobjekt regelmässig nicht verheimlichen, sondern herausgeben.

Ist das Zuwendungsobjekt nur teilweise nicht mehr so «vorhanden», wie es übertragen wurde, so besteht der Herausgabeanspruch für den «vorhandenen» Teil noch. Für den «nicht mehr vorhandenen» Teil ist ein Ersatzanspruch in der Höhe seines Verkehrswertes möglich. Das muss gelten bei teilweisem Untergang, teilweiser Veräusserung und — entsprechend — bei rechtsgültiger Belastung. Dagegen ist anzunehmen, dass der Ersatzanspruch insoweit erlischt, als ein dinglich Berechtigter⁴⁰ einen Schadenersatzanspruch geltend machte und durchsetzte.

III. Kapitel

Die privaten dinglichen Rechte am Zuwendungsobjekt

Der Verfall gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB richtet sich gegen den Zuwendungsempfänger: Er soll seinen Vorteil nicht behalten dürfen. Auf seine allfälligen, durch die Zuwendung erworbenen Privatrechte ist daher keine Rücksicht zu nehmen.

Entsprechend dem Zweck des Art. 59 Abs. 1 StGB sollen dagegen andere dinglich Berechtigte nicht in ihren noch bestehenden Privat-

³⁸ Das erscheint besonders bei Gutgläubigkeit des Empfängers billig.

³⁹ Diesfalls könnte überdies der eventuelle Ersatzanspruch (vgl. oben Ziff. 1) bei der Verfallserklärung bestimmt werden, ohne dass mit einer nachträglichen Reduzierung gerechnet werden müsste.

⁴⁰ Vgl. unten III. Kapitel.

rechten getroffen werden⁴¹; unerheblich ist dabei, wann sie erworben wurden. Kannte der dinglich Berechtigte die Zuwendung sowie ihre verwerfliche Bestimmung und war er damit einverstanden, so wird er regelmässig nach Zivilrecht seine Rechte verlieren. So kann nach Art. 66 OR⁴² das, was in der Absicht gegeben wurde, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, nicht zurückgefordert werden. Nach der Praxis ist die Rückforderung auch ausgeschlossen, wenn der Erfolg erreicht und die Leistung erst nach dessen Erreichung gemacht wurde⁴³. Art. 66 OR dürfte überdies auf Vindikationen analog anwendbar sein⁴⁴.

Macht der Berechtigte seine Ansprüche geltend, und entzieht er dadurch dem Zuwendungsempfänger das Zuwendungsobjekt ganz oder teilweise, so ist der Verfall natürlich insoweit gegenstandslos und ein Ersatzanspruch ausgeschlossen. In öffentlichem Interesse, das den Privatinteressen vorgeht, muss aber dafür gesorgt werden, dass der Zuwendungsempfänger seinen ungerechtfertigten Vorteil nicht behält, selbst wenn dadurch private Rechte beeinträchtigt werden sollten. Wenn daher die dinglich Berechtigten ihre Rechte nicht geltend machen und durchsetzen, der Vorteil also tatsächlich dem Zuwendungsempfänger verbleiben würde, muss er weggenommen werden können. Wesentlich ist deshalb nicht allein, ob zivilrechtliche An-

⁴¹ Nach Böhler 46, Logoz N. 3a zu Art. 59, Thormann/von Overbeck N. 1 zu Art. 59 soll auf die Privatrechte unbeteiligter Dritter Rücksicht genommen werden. Hafter I 420 setzt voraus, dass der Zuwender kein Rückforderungsrecht besitzt; daraus dürfte zu folgern sein, dass der Verfall beim Vorliegen eines solchen nicht eintreten solle. — Bei der Konfiskation als Nebenstrafe, wie sie Spezialgesetze des Bundes und der Kantone noch kennen, werden meist auch die Rechte unbeteiligter Dritter vorbehalten; vgl. Baumann 50 f. Ebenso bei der Einziehung unrechtmässiger Vorteile gemäss BRB vom 17. 10. 1944; vgl. Böhler 76 f. — Stöss 47 f. will sogar die Rechte des gutgläubigen Gebers schonen. — Auch in der Literatur zu § 335 RStGB wird für die Schonung der Rechte Dritter eingetreten; vgl. Binding, Lehrbuch, Band 2 Abt. 2 735, Frank 755, Köhler 619, Schönke 708, Schoentensack 16, Schwarz 502.

⁴² Vgl. hierzu Müller l. c.

⁴³ BGE 66 II 258.

⁴⁴ Vgl. von Tuhr 433 a 37.

sprüche bestehen oder nicht⁴⁵. Immerhin dürfte der Staat von Bundesrechts wegen verpflichtet sein, das Zuwendungsobjekt dem Eigentümer zurückzugeben; denn damit wahrt er einerseits das öffentliche Interesse an der Vorteilsausgleichung und schont anderseits die privaten Rechte Dritter⁴⁶.

Ob dingliche Rechte bestehen, ob sie zu schonen sind, und ob sie geltend gemacht werden, kann im Verfahren festgestellt werden, in welchem der Verfall erklärt wird. Der Staat kann die nötige Abklärung z. B. durch öffentliche Bekanntmachung oder durch Befragung des Angeschuldigten und des angeblich Berechtigten herbeiführen. Nach der Verfallserklärung und der Vollstreckung dürften allerdings die nicht angemeldeten Privatrechte — aus praktischen Erwägungen — zugunsten des Staates als des neuen Eigentümers verwirkt sein. Immerhin bleibt es diesem unbenommen, diese Rechte kraft seines Verfügungsrechtes (Art. 381 StGB) auch nach der Verfallserklärung anzuerkennen.

Dass private Rechte Dritter geschont werden müssen, hindert den Eintritt des Verfalls grundsätzlich nicht; er darf aber diese privaten Rechte nicht berühren. So werden die festgestellten beschränkten dinglichen Rechte auch nach der Vollstreckung weiterbestehen können. Das staatliche Verfügungsrecht muss daher insoweit eingeschränkt werden.

⁴⁵ Vgl. Stooss 48.

⁴⁶ Ueber die bundesrechtliche Pflicht zur Restitution beschlagnahmter Gegenstände ex officio an den Berechtigten vgl. auch III. Teil, I. Kapitel, II. Titel, II.

III. TEIL

Art. 59 Abs. 2 StGB

I. Kapitel

Voraussetzungen des Verfalls

Gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB setzt der Verfall eines Gegenstandes voraus, dass sich jemand denselben durch eine strafbare Handlung angeeignet hat und der Eigentümer während fünf Jahren seit der amtlichen Bekanntmachung nicht festgestellt werden kann.

I. Titel: Die Aneignung des Gegenstandes durch eine strafbare Handlung

I. Die Aneignung

1. Der Ausdruck «sich aneignen» («appropriarsi») bedeutet wörtlich: sich das Eigentum anmassen¹, aber auch: seinem Eigentum einverleiben.

Der Vorteil, der durch die Aneignung zugunsten des Aneigners begründet wird, darf indessen nicht in einer rechtlichen Eigentümerherrschaft bestehen: Einmal lässt sich mit einer strafbaren Handlung regelmässig kein Eigentumsrecht begründen; das gilt insbesondere für die Delikte, in deren Tatbestand der Ausdruck «sich aneignen» aufgenommen ist (vgl. Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 und 141 StGB, Art. 62 MFG). Sodann setzt der Verfall voraus, dass der Eigentümer nicht festgestellt

¹ Vgl. Erni 26, Liszt 408, Wachenfeld 374.

werden könne; dieser stände jedoch gerade in der Person des Aneigners fest. Was ihm von Rechts wegen gehört, will Art. 59 Abs. 2 StGB zudem nicht wegnehmen. Diese Bestimmung will vielmehr verhindern, dass allfällig beschlagnahmte Gegenstände dem strafbaren, rechtlosen Aneigner zurückgegeben werden müssen, weil der Eigentümer unbekannt ist und sie daher nicht ihm restituiert werden können². Dabei ist unerheblich, ob der Aneigner bereits im Zeitpunkt der Aneignung oder später, beispielsweise durch Vermischung des gestohlenen Geldes mit eigenem, zivilrechtlich Eigentum erworben hat. In beiden Fällen ist der Verfall oder eine summenmässige Ausgleichung des erlangten Vorteils ausgeschlossen³.

Beim erlangten Vorteil kann es sich daher nur um eine *tatsächliche*, der rechtlichen Eigentümerherrschaft nachgebildete *Herrschaft eines Eigentümers* handeln⁴. Entsprechend der rechtlichen Eigentümerherrschaft ist dies die tatsächliche Herrschaft, dauernd und nach Belieben über eine Sache zu verfügen und auf sie einzuwirken⁵.

² Ohne den Verfall könnte dieses Ziel nur durch dauernde Beschlagnahme erreicht werden, die dem schweizerischen Prozessrecht unbekannt sein dürfte. Auch wäre eine Aufbewahrung der beschlagnahmten angeeigneten Gegenstände auf unbegrenzte Zeit eine grosse Belastung für den Staat; er soll endlich einmal — nach einer bestimmten Zeit — über diese Gegenstände als Eigentümer verfügen dürfen. — Im gleichen Sinne die Materialien zu Art. 59 StGB und zu Art. 42 MStGB; aus ihnen geht hervor, dass der Staat eine dem zivilrechtlichen Finder entsprechende Stellung erhalten sollte, wie es der Vergleich zwischen Art. 59 Abs. 2 StGB und Art. 722 Abs. 1 ZGB deutlich zeigt; vgl. Prot. IX 44 ff., StenBull NR 1925 369, zudem Comtesse N. zu Art. 42 Abs. 2.

³ Vgl. BGE 74 IV 23. Dies gilt ferner beispielsweise für Gelder, welche dem Aneigner von einem unbekannten Flüchtling anvertraut, mit eigenem Geld vermischt und dann gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB veruntreut wurden.

⁴ Vgl. hiezu Erni 25 f., German n 257, 266, 268, Hafter II 229. — Der Begriff «Zueignung» ist auch Tatbestandsmerkmal bei Diebstahl und Unterschlagung gemäss §§ 242 und 246 RStGB; vgl. hiezu Beling 84, Binding, Lehrbuch, Band 1 267 f., Binding, Normen, Band 2 2. Hälfte 1036 ff., Hälschner 291, Hiller 34, Hippel 235, Liszt 408, Meyer/Allfeld 448, Schwarz 343, 360, Wachenfeld 374, 385.

⁵ Vgl. Art. 641 ZGB.

Eine Aneignung würde demnach dann nicht vorliegen, wenn jemand eine Sache lediglich zum vorübergehenden Gebrauch entwendet oder sie dem Berechtigten bloss entzieht, ohne die tatsächliche Eigentümerherrschaft zu begründen (Art. 62 MFG, Art. 143 StGB)⁶. Diesfalls dürfte folglich kein Verfall eintreten, selbst wenn der Berechtigte unbekannt ist. Angesichts des vorstehend umschriebenen, speziellen Zweckes des Art. 59 Abs. 2 StGB und des französischen Textes, der «sich aneignen» mit «s'emparer de» (nicht: «s'approprier») übersetzt, erscheint allerdings die Frage nicht unbegründet, ob eine so enge Auslegung dem Sinne des Gesetzes entspricht oder ob nicht vielmehr alle Gegenstände erfasst werden sollten, die eine Person durch strafbare Handlung in ihren Gewahrsam gebracht hat, ohne Eigentümer zu sein oder zu werden⁷. Praktisch wäre der Verfall besonders beim Fahrradgebrauchsdiebstahl wünschbar, damit der Staat endlich weiss, was mit den beschlagnahmten Fahrrädern zu tun ist.

2. Das Gesetz verlangt eine Aneignung durch eine strafbare Handlung. Eine Handlung, i. w. S. ein äusserlich erkennbares Verhalten einer Person, muss somit stets vorliegen. Eine blosser Willensänderung im Innern eines Willensfähigen würde für die Aneignung i. S. des Gesetzes nicht genügen. Der Aneignungswille muss vielmehr nach aussen durch entsprechende Handlungen manifestiert werden⁸.

⁶ Der Ausdruck «aneignen» ist in Art. 62 MFG zu Unrecht verwendet; es handelt sich um eine *contradictio in adiecto*. — Die Gebrauchsanmassung wird nicht als Aneignung bezeichnet von Erni 26, 29, Germann 36 ff., 258 f., Hafter II 229, Prager 15, Thormann/von Overbeck N. 9 zu Art. 137. — Für das deutsche Strafrecht vgl. unten Ziff. 3.

⁷ Aus den Materialien scheint hervorzugehen, dass alle Gegenstände verfallen sollen, die einem Beschuldigten abgenommen werden und mit einem Eigentumsdelikt im Zusammenhang stehen, wenn der Eigentümer unbekannt ist; der *Votant* Kaiser fand sogar noch die Beschränkung auf die Eigentumsdelikte zu eng; vgl. Prot. IX 44 ff.

⁸ Vgl. hiezu Erni 27, Germann 268, Hafter II 236, Thormann/von Overbeck N. 4 zu Art. 140. — Zum deutschen Strafrecht vgl. Binding, Lehrbuch, Band 1 269, van Calker 101, Frank 539, Hälschner 350, Hiller 36, Hippel 249, Meyer/Allfeld 448, Schwarz 360, Wachenfeld 385.

Das die Aneignung kennzeichnende Verhalten muss derart sein, dass es die Begründung der tatsächlichen Herrschaft eines Eigentümers kundtut. Das trifft besonders bei Handlungen zu, welche im konkreten Fall nur der Eigentümer vornehmen dürfte. Vielfach besteht Streit, ob ein bestimmtes Verhalten als Aneignungshandlung gewertet werden dürfe oder nicht. Ich verweise dabei namentlich auch auf die Praxis und die Literatur zum RStGB, ohne mich eingehend auf die vielen Fragen einzulassen⁹. Folgende Gruppen solcher Aneignungshandlungen lassen sich im wesentlichen unterscheiden:

a) Befindet sich der Gegenstand noch nicht im Gewahrsam des Aneigners, so kann er sich diesen unter Bruch des fremden Gewahrsams verschaffen. Regelmässig wird diese Wegnahme neben der Entziehung auch eine Aneignung darstellen, so bei Diebstahl, Entwendung, Raub (Art. 137 bis 139 StGB).

b) Wird ein Gegenstand angeeignet, der sich bereits im Gewahrsam des Aneigners befindet (z. B. durch Veruntreuung, Unterschlagung, Fundunterschlagung; Art. 140 und 141 StGB), so kommen entsprechend den Rechten eines Eigentümers vor allem zwei Kategorien von Aneignungshandlungen in Betracht:

aa) Die Verfügungen i. w. S. über den Gegenstand: Der Aneigners kann dingliche Rechte zugunsten Dritter am Gegenstand bestellen oder bestellen wollen, ebenso eine entsprechende tatsächliche Herrschaft (Uebertragung zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht, insbesondere zu Pfand). Auch durch die Begründung obligatorischer Rechte betreffend den angeeigneten Gegenstand (Kaufvertrag, Schenkungsvertrag) oder den Versuch dazu (Verkaufsangebot) kann der Aneignungswille geäussert werden. Als Verfügung

⁹ Für das schweizerische Recht vgl. Erni 26 ff., Germann 36 ff., 257, 268, Hafter II 229, 236, Thormann/von Overbeck N. 7 bis 9 zu Art. 137 sowie N. 4 und 7 zu Art. 140. — Für das deutsche Recht vgl. Berner 568 ff., Binding, Lehrbuch, Band 1 264 ff., Binding, Normen, Band 2 2. Hälfte 1039, van Calker 101, Frank 517 ff., 539 ff., Hälschner 292 ff., 350 ff., Hiller 36, Hippel 239 f., Köhler 450, Liszt 417 f., 433, Merkel 318, Meyer/Allfeld 448 f., Mezger 211 f., Schönke 506, 523 f., Schwarz 343 f., 360 f., Wachenfeld 374 f., 385 f.

i. w. S. kommt ferner die Verweigerung der Herausgabe oder die Ablegung des Besitzes gegenüber dem Berechtigten in Frage.

bb) Die tatsächlichen Einwirkungen auf den Gegenstand: Nutzung und Gebrauch fallen jedenfalls dann unter den Begriff der Aneignung, wenn sie dauernd sein sollen; denn eine solche Herrschaft darf nur der Eigentümer ausüben. Hinsichtlich der vorübergehenden Nutzung oder des vorübergehenden Gebrauchs verweise ich auf Ziff. 1 oben. Der dauernden Nutzung steht der bestimmungsgemässe Verbrauch des Gegenstandes gleich, der zu seinem Untergang oder zur Abnützung führt (z. B. betreffend Lebensmittel, Kleider). Davon zu unterscheiden sind die Zerstörungen und Beschädigungen des Gegenstandes. Da damit naturgemäss kein unmittelbarer Vorteil («Nutzen») für den Zerstörer oder Beschädiger erzielt wird, kann keine Nutzung vorliegen; hier wird lediglich erreicht, dass die Eigentümerherrschaft ganz oder teilweise gegenstandslos wird.

3. Nach der herrschenden Ansicht muss die Ausübung der tatsächlichen Eigentümerherrschaft ohne oder gegen den Willen des Eigentümers geschehen¹⁰. Ein Anhaltspunkt dafür kann im allgemeinen Sprachgebrauch gesehen werden, nach welchem der Ausdruck «sich aneignen» bedeuten kann: «sich ohne Recht das Eigentum anmassen». Ueberdies weist die Wendung «sich durch eine strafbare Handlung aneignen» darauf hin, dass Delikte gemeint sind, die das Eigentumsrecht verletzen¹¹. Für die Verletzung des Eigentums gilt aber der Grundsatz: «volenti non fit iniuria»; demnach würde da keine «Aneignung» vorliegen, wo die tatsächliche Eigentümerherrschaft mit dem Willen des Eigentümers ausgeübt wird. Im Hinblick auf den speziellen Zweck des Art. 59 Abs. 2 StGB¹² ist es allerdings fraglich, ob der Gesetzgeber dem Art. 59 Abs. 2 StGB nicht alle Gegenstände unterwerfen wollte, über welche eine auf strafbare Weise erlangte tatsächliche

¹⁰ Vgl. insbesondere Binding, Lehrbuch, Band 1 271, 277, Binding, Normen, Band 1 1035.

¹¹ Ebenso BGE 74 IV 23. Vgl. auch Prot. IX 44 ff.; der Votant Kaiser fand es aber zu eng, die Bestimmung nur auf Sachen zu beziehen, die wegen eines Vergehens «gegen das Eigentum» abgenommen wurden; gleicher Ansicht war offenbar der Vorsitzende (Bundesrat Müller).

¹² Vgl. oben Ziff. 1.

Eigentümerherrschaft ohne Recht dazu ausgeübt wird, selbst wenn sich der z. B. betrogene Eigentümer damit einverstanden erklärt hat¹³.

II. Der angeeignete Gegenstand

Gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB kann nur ein «Gegenstand» angeeignet werden und verfallen. Vielfach wird rechtlich nur eine körperliche Sache als Gegenstand betrachtet¹⁴. Der Begriff kann jedoch auch weiter ausgelegt werden. Daher ist zu untersuchen, was unter einem Gegenstand i. S. des Art. 59 Abs. 2 StGB zu verstehen ist.

1. Da über einen «Gegenstand» eine tatsächliche Eigentümerherrschaft ohne Recht hiezu ausgeübt werden können muss, kommen Forderungen und andere Rechte nicht in Frage. Ferner spricht für die Ausschliessung der Rechte, dass die Ausdrücke «sich aneignen» und «Eigentümer» regelmässig nur für körperliche Sachen verwendet werden¹⁵. Eine Ausnahme gilt natürlich für Rechte, die in Wertpapieren oder Legitimationspapieren verurkundet sind (Staatsobligationen, Sparkassenbücher usw.)¹⁶.

Dagegen können die körperlichen Sachen einerseits einer Person rechtlich angehören und anderseits der tatsächlichen Herrschaft einer andern Person unterworfen sein. Von ihnen können jedenfalls die beweglichen körperlichen Sachen verfallen; denn bei den Deliktstatbeständen, welche die Worte «sich aneignen» ausdrücklich gebrauchen, ist stets eine bewegliche Sache Gegenstand der Aneignung (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 und 141 StGB; vgl. ferner Art. 62 MFG). Zudem ist Art. 59 Abs. 2 StGB und insbesondere seine fünfjährige Frist in Anlehnung an die Regeln über den Fund (Art. 722 Abs. 1 ZGB) statuiert worden, der nur eine körperliche, bewegliche Sache zum

¹³ Das Bundesgericht scheint in BGE 74 IV 20 ff. auch dieser weiteren Auffassung zuzuneigen, da nach diesem Entscheid offenbar betrügerisch erworbene und erpresste, also regelmässig vom Eigentümer übergebene Sachen nur dann nicht verfallen sollen, wenn sie ins Eigentum des Täters übergegangen sind.

¹⁴ Vgl. z. B. Böhler 80.

¹⁵ Nach Binding, Lehrbuch, Band 1 253 und Hafter II 231 bilden nur bewegliche körperliche Sachen das Angriffsobjekt der Aneignungsdelikte.

¹⁶ Vgl. BGE 72 IV 118 f., Germann 258.

Gegenstand haben kann¹⁷. Die gleichen Gründe lassen andererseits darauf schliessen, dass Grundstücke nicht verfallen können. Ihr Verfall ist überdies deshalb praktisch überflüssig, weil das Eigentum regelmässig an Hand des Grundbuches festgestellt werden kann¹⁸.

2. Da im Gegensatz zu Art. 59 Abs. 1 StGB kein Ersatzanspruch auf den Wert vorgesehen ist, ist anzunehmen, dass der Geldwert des angeeigneten Gegenstandes unerheblich sei¹⁹.

III. Die strafbare Handlung

Gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB muss die Aneignung durch eine strafbare Handlung erfolgen. I. e. S. trifft dies nur dann zu, wenn die ganze Aneignungshandlung Tatbestandsmerkmal des Deliktes ist, wie bei Diebstahl, Entwendung, Raub, Veruntreuung, Unterschlagung und Fundunterschlagung (Art. 137 bis 141 StGB)²⁰. Auch bei der Hehlerei kann die strafbare Aneignung Tatbestandsmerkmal sein; dieses liegt im Begriff «erwerben» und «sich schenken lassen», eventuell auch im Begriff «zu Pfand nehmen», wenn der Hehler nicht mit der Auslösungsmöglichkeit rechnet. Nach dieser Interpretation würden die «Delikte gegen das Vermögen überhaupt» (Art. 148 ff. StGB) keine strafbaren Aneignungshandlungen i. S. des Art. 59 Abs. 2 StGB darstellen. Mit Rücksicht auf den speziellen Zweck des Art. 59 Abs. 2 StGB darf jedoch die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht genügt, wenn in der Art und Weise, wie die tatsächliche Eigentümerherrschaft erreicht wurde, eine strafbare Handlung liegt. Damit könnten z. B. auch errogene und erpresste Gegenstände verfallen, die im Laufe eines Strafverfahrens beschlagnahmt wurden und deren Eigentümer unbekannt ist²¹.

¹⁷ Vgl. Prot. IX 44 ff., Böhler 50 sowie BGE 74 IV 23, Clerc/Steck 163, Hafter I 420, Logoz N. 4 zu Art. 59.

¹⁸ Vgl. auch Germann 257.

¹⁹ Eine andere Frage ist, ob die Aneignungshandlung nur dann strafbar ist, wenn der angeeignete Gegenstand Geldwert hat.

²⁰ Germann 257 und Hafter II 228 nennen diese Delikte «Aneignungsdelikte».

²¹ Vgl. hiezu oben I Ziff. 3.

Da nur eine objektiv strafbare Handlung erforderlich ist, braucht der Täter nicht zurechnungsfähig zu sein²². Weil dagegen das Gesetz eine s t r a f b a r e Handlung verlangt, ist anzunehmen, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen erfüllt sein müssen. Für die Prozessvoraussetzungen kann auf die Ausführungen zu Art. 59 Abs. 1 StGB verwiesen werden. Wie dort muss auch hier die Tat nach Bundesrecht strafbar sein.²³

Aus dem Gesetzestext («sich aneignen», «s'emparer de», «appropriarsi») erhellt, dass derjenige die Aneignungshandlung und damit die strafbare Handlung vornehmen muss, der zu seinen Gunsten die tatsächliche Eigentümerherrschaft begründet und ausübt. Der Aneigner muss folglich immer Täter (oder Teilnehmer) sein²⁴.

II. Titel: Der Eigentümer kann während fünf Jahren seit der amtlichen Bekanntmachung nicht festgestellt werden

Nimmt der Staat den angeeigneten Gegenstand zu seinen Händen weg, so wird der Eigentümer benachteiligt, was nicht bezweckt ist. Dessen Rechte und das öffentliche Interesse an der Vorteilsausgleichung können zugleich gewahrt werden, wenn der Gegenstand dem Aneigner zwar weggenommen, jedoch dem Eigentümer zurückgegeben wird. Um diese Rückgabe zu ermöglichen und dadurch das Eigentumsrecht zu schonen, sucht der Staat den unbekannten Eigentümer durch amtliche Publikation; der Verfall tritt dann erst nach Ablauf einer bestimmten Frist ein, während welcher der Staat den angeeigneten Gegenstand zuhanden des Eigentümers aufbewahrt²⁵. Da der

²² Vgl. I. Teil, II. Kapitel, I.

²³ Vgl. II. Teil, I. Kapitel, II. Titel, II.

²⁴ Vgl. hiezu unten II. Kapitel, Ziff. 3, 2. Anmerkung.

²⁵ H a f t e r I 420 führt hinsichtlich Art. 59 Abs. 2 StGB aus: «Ausgangspunkt ist, dass Diebs- und anderes durch ein Delikt erlangtes Gut dem Eigentümer zurückzuerstatten ist.» Nach Prot. IX 44 f. wies insbesondere Z ü r c h e r darauf hin, dass der Staat die Gegenstände zur Wahrung der Rechte des Eigentümers für diesen einstweilen verwahren müsse und nicht dem Täter zurückgeben solle. — Bei der parlamentarischen Beratung des Art. 42 MStGB führte G e e l gemäss StenBull StR 1926 192 aus: «Es handelt sich nicht darum,

Verfall ferner die beschränkt dinglich Berechtigten benachteiligen kann, wird die Publikation zudem mit Rücksicht auf ihre Rechte zu erlassen sein.

I. Die amtliche Bekanntmachung

Die Bekanntmachung setzt voraus, dass im Verlaufe des Strafverfahrens ein Gegenstand entdeckt wird, den sich jemand durch die verfolgte strafbare Handlung angeeignet hat und dessen Eigentümer nicht feststeht. Liegen diese Voraussetzungen vor, so muss die Publikation zwingend erfolgen; denn sie ist eine Bedingung des Verfalls, der in öffentlichem Interesse erfolgen können muss, wenn er berechtigt ist.

Ueber den Zeitpunkt der Bekanntmachung ist nichts ausdrücklich festgesetzt; sie wird daher dann zu erlassen sein, wenn es nach der Lage im einzelnen Fall tunlich ist. Zweckentsprechend müssen Art und Inhalt so sein, dass die dinglich Berechtigten womöglich gefunden werden und sich melden können. Deshalb müssen die angeeigneten Gegenstände und nötigenfalls die näheren Umstände ihrer Auffindung bezeichnet werden. Ferner müssen die dinglich Berechtigten zur Anmeldung aufgefordert werden, unter Angabe des Anmeldeortes und der Anmeldefrist.

Die Publikation muss «amtlich» sein, also durch eine Amtsstelle erlassen werden. Da regelmässig erst nach der Urteilsrechtskraft feststeht, dass eine strafbare Aneignungshandlung begangen wurde, wird die Bekanntmachung normalerweise in einer dem Urteil beigefügten Verfügung angeordnet werden; der Erlass der Publikation ist dann Sache der Vollstreckungsbehörden. Andererseits kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Vollstreckungsbehörden nach Abschluss des Verfahrens nicht unter Umständen auch von sich aus eine Publikation erlassen dürfen, so dann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die vom Aneigner bezeichnete Person gar nicht Eigentümer und dieser unbekannt ist.

ob diese Gegenstände während fünf Jahren nicht an den Eigentümer zurückgegeben werden können, . . . sondern um die Vorschrift, solche Objekte fünf Jahre lang zur Verfügung des sich allfällig meldenden Eigentümers zu halten. Nachher verfallen sie dem Staat. Aber selbstverständlich müssen sie dem rechtmässigen Eigentümer sofort zurückgegeben werden, sobald er sich meldet und ausweist.»

II. Die Frist von fünf Jahren

Die Dauer der Frist wurde offensichtlich mit Rücksicht auf die Fristen der Art. 722 und 934 ZGB festgesetzt²⁶. Gerade das zeigt besonders auffällig, dass Art. 59 Abs. 2 StGB diese Bestimmungen in gewissem Sinne ergänzen will.

Die fünfjährige Frist wird gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB vom Zeitpunkt der amtlichen Bekanntmachung an gerechnet. Anfangszeitpunkt muss also der Moment sein, in welchem die Publikation in gesetzlicher Weise erfolgt ist. In Anlehnung an Art. 32 Abs. 1 OG und Art. 77 OR ist anzunehmen, dass der Tag, an dem die amtliche Bekanntmachung erfolgt, nicht mitgerechnet werden darf.

Während der fünfjährigen Frist muss der Staat den angeeigneten Gegenstand zur Sicherung der Ansprüche aus dem eventuellen Verfall beschlagnahmen bzw. eine schon angeordnete Beschlagnahme aufrechterhalten. Ist der Eigentümer bekannt oder kann er im Verlaufe des Strafverfahrens ermittelt werden, so soll ihm der angeeignete Gegenstand nach dem Sinne des Gesetzes nach Rechtskraft des Strafurteils ex officio zurückerstattet werden. Dafür spricht die Tendenz des StGB, direkt oder indirekt auf die Schadensdeckung hinzuwirken, wie das besonders bei der bedingten Entlassung (Art. 38 Ziff. 1 Al. 4 StGB), beim bedingten Strafvollzug (Art. 41 Ziff. 1 Al. 4 und Ziff. 2 Al. 1 StGB), bei der Verwendung zugunsten des Geschädigten (Art. 60 StGB), bei den mildernden Umständen (Art. 64 Al. 9 StGB) und bei der Rehabilitation (Art. 76 ff. StGB) deutlich wird. Es erschiene nämlich unverständlich, wenn der Bundesgesetzgeber zwar alle diese Druckmittel anwenden wollte, dagegen den einfachsten Weg zur Wiedergutmachung des Schaden, die Restitution ex officio, nicht stillschweigend vorausgesetzt hätte.²⁷

²⁶ Vgl. I. Titel, II, Ziff. 1 oben.

²⁷ Vgl. hiezu die Anmerkung zum II. Titel, Al. 1, oben. — Unerheblich ist daher, ob der Eigentümer als Privatkläger auftritt oder das kantonale Prozessrecht die Restitution ex officio vorsieht. — Bisweilen ist die Rückgabe von Amtes wegen im Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben, so in Art. 366 des französischen Code d'instruction criminelle für die «effets pris» (gestohlene Gegenstände) und — in Anlehnung an denselben — in Art. 365 Abs. 1 des ausser Kraft gesetzten Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen für den Kanton Bern vom 29. Juni 1854.

III. Der Eigentümer kann nicht festgestellt werden

Das Gesetz schliesst den Verfall nur aus, wenn der Eigentümer während der fünfjährigen Frist festgestellt werden kann. Gerade er ist ja berechtigt, den Gegenstand wieder in Besitz zu nehmen und dadurch das öffentliche Interesse an der Vorteilsausgleichung zu befriedigen. Die Feststellung des Eigentümers ist natürlich nur möglich, wenn sein Recht der zuständigen Behörde zur Kenntnis gelangt. Dabei darf verlangt werden, dass diejenige Stelle Kenntnis erhalte, welche in der Publikation genannt ist.

Ist der Eigentümer nach Ablauf der fünf Jahre nur erkennbar, nicht aber individuell bekannt geworden, so kann dies nicht genügen; denn diesfalls kann er auch im weitesten Sinne nicht als festgestellt betrachtet werden. Vor Fristablauf wird allerdings die zuständige Behörde weitere angemessene Massnahmen zur Feststellung eines erkennbaren Eigentümers treffen, beispielsweise eine neue Publikation anordnen.

Meldet eine Person ihr Eigentumsrecht an, so ist der Staat verpflichtet, den Bestand desselben zu untersuchen; denn das öffentliche Interesse am gerechtfertigten Verfall muss von Amtes wegen gewahrt werden. Es wäre sonst denkbar, dass der Täter einen Strohhmann vorschickt, um den Gegenstand wieder zu erlangen. Die Eigentumsfrage ist, als Vorfrage des Verfalls, in einem öffentlichrechtlichen Verfahren zu prüfen; denn es geht hier darum, ob der Verfall eintreten kann oder nicht. Unerheblich muss dabei sein, wenn der rechtzeitig angemeldete, wahre Eigentümer trotz angemessener Bemühungen zum Nachweis seines Rechtes erst nach Fristablauf von der prüfenden Behörde als Berechtigter anerkannt wird. Eine Benachteiligung sollte ausgeschlossen sein, wenn sich der Berechtigte rechtzeitig und angemessen um die Wahrung seiner Rechte bekümmert. Der Ausdruck «accertare» im italienischen Text ist daher zu eng.

II. Kapitel

Die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates

Von einem staatlichen Herausgabeanspruch kann nur die Rede sein, wenn der Staat im Zeitpunkt des Verfalls den Gegenstand noch

nicht in seinem Besitze hat. Das wird selten der Fall sein, da der angeeignete Gegenstand regelmässig schon vorher beschlagnahmt (und amtlich verwahrt) werden wird und — nach dem Sinne des Bundesrechts — auch beschlagnahmt werden soll. Immerhin ist denkbar, dass er z. B. in einem Banksafe liegt und dieses einfach gesperrt wurde, oder dass der Angeschuldigte verschweigt, wo er die Gegenstände deponiert hat.

1. Herausverlangt werden darf nur der angeeignete Gegenstand, also der Gegenstand, insoweit er angeeignet wurde, und so, wie er angeeignet wurde. Geht er ganz oder teilweise unter, so ist der dingliche Herausgabeanspruch insoweit gegenstandslos.

2. In Art. 59 Abs. 2 StGB ist im Gegensatz zu Abs. 1 kein Ersatzanspruch vorgesehen. Daraus muss das argumentum e contrario gezogen werden, dass er nicht gegeben ist²⁸. Dies ist folgerichtig, da die zu zahlende Geldsumme im Eigentum des Aneigners stehen würde, welches Art. 59 Abs. 2 StGB nicht antasten will.

3. Nach dem Sinn des Gesetzes soll die Aussicht auf das Behalten des Vorteils gerade bei demjenigen zerstört werden, welcher die strafbare Aneignungshandlung vornehmen will; ferner soll gerade die Abschwächung desjenigen Strafübels verhindert werden, das diese Person treffen soll²⁹. Dementsprechend ist anzunehmen, dass der Gegenstand nur solange herausverlangt werden darf, als der Aneigner selber die tatsächliche Eigentümerherrschaft über ihn besitzt³⁰.

Könnte der angeeignete Gegenstand jedem abgenommen werden, welcher diesen vom Aneigner erwarb (z. B. dem Käufer), so würde unter Umständen eine Person herhalten müssen, deren Verhalten den Verfall gar nicht bewirkte. Der strafbare Aneigner könnte dagegen die

²⁸ Im Resultat gleich BGE 72 IV 104, 74 IV 20 ff.

²⁹ Vgl. I. Teil, I. Kapitel, I.

³⁰ Handeln mehrere gemeinsam als Mittäter, von denen bei der Beuteteilung nicht jeder das erhält, was er selber gestohlen hat, so verfällt dennoch die ganze Beute nach Art. 59 Abs. 2 StGB; denn aus dem Begriff der Mittäterschaft folgt, dass sich jeder alles aneignete. Entsprechendes dürfte für den Gehilfen gelten, da er ja Teilnehmer, Mitwirkender ist; sonst käme unter Umständen der Verfall nach Art. 59 Abs. 1 StGB in Frage.

Gegenleistung des Erwerbers (z. B. den Kaufpreis) behalten, soweit sie nicht etwa selbst durch strafbare Aneignung erlangt wurde (z. B. durch Betrug) oder eine Zuwendung nach Art. 59 Abs. 1 StGB darstellt. Zu solchen Resultaten könnte nur die Ansicht führen, dass der Gegenstand durch den Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung «unrein» geworden wäre und daher vom Staate wegzunehmen sei. Dies müsste aber ohne Rücksicht auf allfällige dinglich Berechtigte, insbesondere den Eigentümer, geschehen können.

Dieses Ergebnis führt zum Schluss, dass die Einziehung nach der Veräusserung oder dem Verlust des Gegenstandes sowie nach dem Tod des Aneigners nicht durchführbar ist. Solange dieser allerdings die tatsächliche Eigentümerherrschaft über den Gegenstand noch hat, kann derselbe kraft des dinglichen Herausgabeanspruchs überall herausverlangt werden, wo er liegt³¹. Er kann folglich auch einem Depositar abgenommen werden, insbesondere einer Bank, wenn der Gegenstand in einem Safe derselben liegt.

III. Kapitel

Die privaten dinglichen Rechte am angeeigneten Gegenstand³²

Art. 59 Abs. 2 soll verhindern, dass der angeeignete Gegenstand auf unbegrenzte Zeit im Zustand der Beschlagnahme bleibt und aufbewahrt werden muss, weil kein Eigentümer bekannt ist, welchem der Gegenstand zurückerstattet werden könnte. Deshalb ist anzunehmen, dass das Eigentum infolge des Verfalls auf den Staat übergehen und alsdann die allfällige Beschlagnahme aufgehoben werden kann³³. Dasselbe Resultat ergibt sich aus den Materialien, nach denen dem Staat die Stellung eines Finders gemäss Art. 720 ff. ZGB eingeräumt werden

³¹ Vgl. Hafter I 420 f.

³² Ueber das Postulat, dass die privaten Rechte Dritter geschont werden sollen, vgl. II. Teil, III. Kapitel, 1. Anmerkung.

³³ Den Eigentumsübergang nehmen ausdrücklich an Böhler 50, 111 f., Clerc/Steck 163. — Der Staat soll den Gegenstand nach dem Sinn des Gesetzes nur während einer bestimmten Frist zuhanden des Eigentümers aufbewahren müssen; während der langen Zeit von fünf Jahren nach der Publikation ist diesem genügend Gelegenheit geboten, seine Rechte zu wahren; nachher soll der Staat über den Gegenstand verfügen können.

wollte³⁴. Ferner weisen Art. 381 StGB, nach welchem dem Staat ein Verfügungsrecht über die verfallen erklärten Gegenstände zukommt, sowie besonders der französische Wortlaut des Art. 59 Abs. 2 StGB («sont acquis à l'Etat») auf einen Eigentumsübergang hin. Betreffend den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges kann auf den I. Teil, IV. Kapitel, verwiesen werden.

Die amtliche Publikation will auch den Personen mit beschränkten dinglichen Rechten die Wahrung derselben ermöglichen. Werden solche Rechte am angeeigneten Gegenstand festgestellt, so hindern sie zwar den Verfall nicht. Sie müssen aber trotz desselben aufrechterhalten werden; denn durch den Verfall gemäss Art. 59 Abs. 2 StGB sollen die dinglich Berechtigten grundsätzlich nicht benachteiligt werden. Werden die beschränkten dinglichen Rechte jedoch erst nach Ablauf der fünfjährigen Frist festgestellt, so dürfte der Berechtigte sie — entsprechend dem Eigentumsrecht — verlieren. Dieselbe Folge würde auch beim zivilrechtlichen Fund eintreten. Für den Zeitpunkt des Rechtsunterganges muss dasselbe gelten, wie für den Eigentumsübergang, da dieselben Gründe zutreffen.

Ob und welche dinglichen Rechte Privater am angeeigneten Gegenstand bestehen, kann im Verfahren festgestellt werden, das zur Verfallserklärung führt. Wird das Eigentum schon vorher festgestellt, so muss der Gegenstand natürlich schon vorher dem Eigentümer zurückerstattet werden³⁵.

³⁴ Vgl. Prot. IX 44 ff.

³⁵ Vgl. Anmerkung zum I. Kapitel, II. Titel, I.

IV. TEIL

Die Verwendung der verfallenen Zuwendungen und Gegenstände

Wenn der Staat die verfallenen Zuwendungen und Gegenstände oder den Wert der Zuwendungen eingezogen hat, stellt sich die Frage, was mit ihnen zu geschehen habe.

1. Art. 381 StGB bestimmt, dass grundsätzlich die Kantone über die kraft des StGB verfallen erklärten Geschenke und andern Zuwendungen zu verfügen haben, in den von den Bundesassisen und vom Bundesgericht beurteilten Fällen jedoch der Bund. Bund und Kantone sind somit Inhaber des Verfügungsrechtes.

Zu beachten ist, dass Art. 59 StGB gemäss Art. 333 Ziff. 1 StGB auch für die Nebenstrafgesetze des Bundes gilt, soweit diese nicht selber Bestimmungen aufstellen. Art. 381 StGB betrifft demnach auch diese Fälle.

Nach dem Wortlaut des Art. 381 StGB hat der Bund das Verfügungsrecht nur, wenn das Bundestrafgericht oder die Bundesassisen geurteilt haben. Eine so enge Auslegung kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein. Dieses will vielmehr dem Bund das Verfügungsrecht in allen Fällen zusprechen, welche in die Kompetenz der Bundesassisen und des Bundesstraferichtes fallen und nicht gemäss Art. 344 StGB oder Art. 18 BStP einer kantonalen Behörde zur Untersuchung und Entscheidung übertragen werden, also auch in den Fällen, wo es zu keinem gerichtlichen Urteil kam, sondern der Verfall z. B. in einem Einstellungsbeschluss erklärt wurde. Denn wo nur den

Bundesinstanzen die Untersuchung und die Entscheidung über den Verfall obliegt, soll der Bund auch den Vorteil hieraus erhalten¹. Die möglichen Fälle werden in den Art. 340 bis 342 StGB umschrieben.

Bei engster Auslegung würde Art. 381 StGB nur die Geschenke und andern Zuwendungen gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB betreffen. Eine Regelung für die angeeigneten Gegenstände würde somit fehlen. Richtig erscheint daher die Annahme, Art. 381 StGB habe nur das Marginale des Art. 59 StGB im Auge gehabt. Diese Interpretation wird durch den französischen Text gerechtfertigt, der den Ausdruck «Geschenke und andere Zuwendungen» mit «dévolutions à l'Etat» übersetzt und folglich selbst dem Wortlaut nach die beiden Absätze des Art. 59 StGB erfasst; ansonst hätten die Worte «dons et autres avantages» — entsprechend Art. 59 Abs. 1 StGB — verwendet werden müssen.

2. Nach seinem Wortlaut beschränkt Art. 381 StGB den U m f a n g des V e r f ü g u n g s r e c h t e s des Bundes und der Kantone nicht. Es besteht also grundsätzlich Verfügungsfreiheit. Aus dem StGB selbst ergeben sich aber verschiedene Einschränkungen:

a) Gemäss Art. 60 StGB kann der Richter unter bestimmten Voraussetzungen verfallene Geschenke oder andere Zuwendungen oder deren Wert demjenigen zuerkennen, der durch ein Verbrechen oder Vergehen geschädigt worden ist. Der Richter wird zwar auf sein Ermessen verwiesen (vgl. das Wort «kann»). Da er es aber pflichtgemäss betätigen muss, ist er zur Zuerkennung verpflichtet, wenn das pflichtgemässe Ermessen dazu zwingt².

b) Es wurde bereits verschiedentlich hervorgehoben, dass der Staat unter Umständen allfällige private dingliche Rechte am Verfallsobjekt berücksichtigen müsse. Das wird die Verfügungsfreiheit ebenfalls einschränken.

¹ Vgl. die Begründung für die Zuerkennung der verfallenen Werte an den Bund in StenBull 1930 593 (Votum Seiler). — Im übrigen wird allerdings der Vorteil stets dem Fiskus des Kantons zugute kommen, welchem die Untersuchung und Entscheidung oblag, selbst wenn sich beispielsweise der Kassationshof des Bundesgerichtes auf Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 268 BStP hin mit der Sache zu befassen hatte; ebenso Thormann/von Overbeck N. zu Art. 381.

² Vgl. hiezu Nawiasky 257 f., Ruck 14.

c) Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem Grundgedanken des Art. 59 StGB, nach welchem dem Zuwendungsempfänger oder Aneigner in öffentlichem Interesse ein Vorteil entzogen werden soll. Zur Wahrung dieses Interesses muss der Staat dafür sorgen, dass der Vorteil nicht entgegen dem Gesetzeszweck wieder demjenigen zugutekommt, dem er weggenommen werden sollte.

V. TEIL

Weitere Bestimmungen und Institute zur Ausgleichung des auf Grund eines Deliktes erlangten unrechtmässigen Vorteils

Die Vorteile, welche jemand ungerechtfertigt erlangen kann, können kraft Art. 59 StGB nur zu einem kleinen Teil weggesteuert werden. Der Gesetzgeber muss sich dieser Beschränkung bewusst gewesen sein. Er wollte offenbar die Ausgleichung auf diejenigen Fälle beschränken, welche er als praktisch besonders wichtig betrachtete. Dass diese Beschränkung stossend wirken kann, hat das Bundesgericht bereits betont³. Nach Art. 102 StGB ist allerdings Art. 59 StGB auch bei Uebertretungen und nach Art. 333 Abs. 1 StGB auch auf die eidgenössischen Nebenstrafgesetze anwendbar, soweit diese nicht besondere Bestimmungen aufstellen.

Zu prüfen ist, ob ausser Art. 59 StGB nicht noch andere Mittel und Wege vorhanden sind, um die auf Grund eines Deliktes erworbenen unrechtmässigen Vorteile abzuschöpfen⁴. Vorab ist festzustellen, dass die prozessuale, vorläufige Beschlagnahme jedenfalls kein taugliches Mittel sein kann. Die Vorteilsausgleichung soll nämlich eine dauernde und nicht bloss eine vorübergehende sein.

³ BGE 74 IV 23.

⁴ Eine Zusammenstellung und Behandlung einzelner Bestimmungen ist hinsichtlich der Einziehung i. w. S. durch B ö h l e r l. c. vorgenommen worden, so dass ich hierauf werde verweisen können. Immerhin ist dort auseinanderzuhalten, welche Normen der Vorteilseinziehung dienen können und welche nicht.

I. Das eidgenössische Recht

1. Das StGB stellt ausser Art. 59 StGB noch weitere Mittel zur Verfügung, mit welchen die Entziehung unrechtmässiger Vorteile erreicht werden kann.

a) Gemäss Art. 48 StGB soll der Betrag der B u s s e je nach den Verhältnissen des Täters so bestimmt werden, dass dieser durch die Einbusse die Strafe erleidet, welche seinem Verschulden angemessen ist. Unter den «Verhältnissen des Täters» kann die Vermögensvergrößerung durch die Werte berücksichtigt werden, die er unrechtmässig erlangt hat. In der Praxis wird denn die Busse regelmässig so bestimmt, dass sie zugleich diese Werte wegsteuert, soweit sie nicht anderswie entzogen werden. Immerhin darf nicht ausseracht gelassen werden, dass die Bereicherung wieder wegfallen und sich so das Vermögen verringern kann⁵. Es mag zwar eigenartig anmuten, dass der Staat bei durchaus analogen Verhältnissen das eine Mal eine Strafe verhängt und das andere Mal eine Massnahme anwendet. Viel folgerichtiger erschiene die Aufstellung einer Bestimmung, nach der überhaupt jeder auf Grund eines Deliktes erwachsene unrechtmässige Vorteil mit einer Massnahme abgeschöpft werden könnte. Das wäre aber viel zu kompliziert geworden, wie das Kriegswirtschaftsstrafrecht deutlich zeigt. Stossend ist allerdings, dass der Unzurechnungsfähige seinen Vorteil unter Umständen behalten kann.

b) Art. 58 StGB verfolgt zwar nur Präventivzwecke, kann jedoch auch die Ausgleichung unrechtmässiger Vorteile mit sich bringen. So bestimmt er, dass der Richter die Einziehung von Gegenständen zu verfügen habe, welche durch eine strafbare Handlung hervorgebracht wurden⁶, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Unter

⁵ Z. B. durch Geltendmachung der Schadenersatzforderung des Geschädigten, vgl. BGE 74 IV 24 f. Zum Problem der Vorteilsentziehung durch Strafe vgl. BGE 74 IV 143 f., Goldschmidt 446 ff., Rauh 49.

⁶ Vgl. Waiblinger in ZbJV 84 S. 428. Nach Art. 58 können auch Gegenstände eingezogen werden, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren (sog. instrumenta sceleris); als solche werden bisweilen die Bestechungsgelder bezeichnet, vgl. Baumann 97, Binding, Lehrbuch, Band 2 Abt. 2 734, Seeler 46.

diese sog. *producta sceleris* fallen nach der herrschenden Meinung nur Gegenstände, welche unmittelbar durch die strafbare Handlung hervorgebracht wurden. Sie sind von den kraft eines Deliktes von andern Personen erlangten, bereits vorhandenen Gegenständen streng zu scheiden⁷.

2. Die Nebenstrafgesetzgebung des Bundes, insbesondere das Kriegswirtschaftsstrafrecht.

a) Der Bund hat in mehreren Gesetzen Bestimmungen aufgestellt, kraft welcher unerlaubte Vorteile eingezogen werden können. Ich verweise hiefür auf die Zusammenstellung Böhlers⁸.

b) Mit der Ausgleichung unrechtmässiger Vorteile hat sich insbesondere das kriegswirtschaftliche Strafrecht des zweiten Weltkrieges befasst. Böhler⁹ hat dieses bereits behandelt. Ich begnüge mich daher mit der Zitierung der einschlägigen Bestimmungen des BRB vom 17. 10. 1944, welcher für die spätere Epoche galt:

«Art. 9: Einziehung.

Der Richter kann, wenn es zur Beseitigung eines unrechtmässigen Zustandes oder aus andern im öffentlichen Interesse liegenden Gründen als notwendig erscheint, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen verfügen,

1. an oder mit denen eine kriegswirtschaftliche Widerhandlung begangen wurde, oder die zur Begehung einer solchen Widerhandlung bestimmt waren,
2. die durch eine kriegswirtschaftliche Widerhandlung hervorgebracht wurden,
3. die dazu gedient haben oder bestimmt waren, als Geschenk oder andere Zuwendung eine kriegswirtschaftliche Widerhandlung zu veranlassen oder zu belohnen.

⁷ Vgl. Böhler 98 f. — Ebenso Baumann 99 für kantonale Rechte; für § 40 RStGB vgl. Berner 232, Finger 498 a 647, Frank 75, Köhler 613, Leipziger Kommentar 287 f., Liszt 239, Meyer/Allfeld 317, Rauh 39, Schönke 97, Schwarz 54, Seuffert 312, Vorberg 78, Wachenfeld 248.

⁸ S. 52 bis 68.

⁹ S. 68 bis 85.

Die Einziehung wird nicht verfügt, wenn die Gegenstände im Eigentum eines Dritten stehen, der ausser seinem Eigentum nachweist, dass sie ihm gegen seinen Willen weggenommen und zur Begehung der kriegswirtschaftlichen Widerhandlung benutzt worden sind, oder dass er sie nach Begehung und in Unkenntnis der Widerhandlung erworben hat.

Wurden einzuziehende Gegenstände vor der Urteilsfällung in Anwendung des Art. 41 verwertet, so unterliegt ihr Erlös der Einziehung.

Ist die Einziehung nicht durchführbar, so findet Art. 10 Anwendung.

Gefährden die betreffenden Gegenstände die Sicherheit, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung, so kann der Richter ihre Unbrauchbarmachung anordnen.

Die richterlich verfügte Einziehung ist an eine vorherige Beschlagnahme nicht gebunden.

Art. 10: Verfall unrechtmässiger Vorteile.

Hat der Beschuldigte, der Dritte, in dessen Geschäftsbetrieb die kriegswirtschaftliche Widerhandlung begangen wurde, oder deren Rechtsnachfolger durch das Vergehen einen unrechtmässigen Vermögensvorteil erlangt, so kann ihn der Richter ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit zur Bezahlung eines dem Vorteil entsprechenden Betrages an den Staat verpflichten.

Dasselbe gilt für Geschenke und andere Zuwendungen, die zur Veranlassung oder Belohnung einer kriegswirtschaftlichen Widerhandlung gedient haben oder dazu bestimmt waren.

Art. 11: Verwendung.

Die Bussenbeträge, der Erlös aus eingezogenen Gegenständen und die dem Staate verfallenen unrechtmässigen Vorteile fliessen in die Bundeskasse.

Die Strafvollzugsbehörde kann jedoch verfügen, dass die eingezogenen Gegenstände oder der Verwertungserlös und die dem Staate verfallenen unrechtmässigen Vermögensvorteile dem Geschädigten herauszugeben sind.

Standen die eingezogenen Gegenstände unmittelbar vor der Urteilsfällung im Eigentum eines Dritten, der ausser seinem früheren Eigentum nachweist, dass sie ihm gegen seinen Willen weggenommen

und zur Begehung der kriegswirtschaftlichen Widerhandlung benutzt worden sind, oder dass er sie nach Begehung und in Unkenntnis der Widerhandlung erworben hat, so hat die Strafvollzugsbehörde die Gegenstände oder den Erlös dem Dritten auszuhändigen.

Soweit keine Verwendung zugunsten eines Geschädigten oder Dritteigentümers erfolgt, kann das eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement die in Abs. 2 genannten Beträge zur Tiefhaltung der Lebenskosten oder zu andern kriegswirtschaftlichen Zwecken verwenden.»

3. Im Militärstrafrecht entsprechen die Art. 41 und 42 MStGB den Art. 58 und 59 StGB fast wörtlich. Im Gegensatz zu Art. 316 StGB stellt Art. 143 MStGB zudem ausdrücklich fest, dass die Zuwendung, die der Täter bei der «Annahme von Geschenken» empfangen hat, oder ihr Wert dem Bunde verfalle¹⁰.

II. Das kantonale Recht

Gemäss Art. 335 StGB ist den Kantonen auf bestimmten strafrechtlichen Gebieten die Gesetzgebungshoheit vorbehalten. Insoweit dürfen sie selber die «Allgemeinen Bestimmungen» hiefür aufstellen, also auch Normen, mit welchen der unrechtmässige Vorteil abgeschöpft werden kann. Die Kantone haben jedoch fast durchwegs die «Allgemeinen Bestimmungen» des StGB auch für ihr kantonales Recht anwendbar erklärt, die dort natürlich als solches gelten¹¹.

¹⁰ Peter 60 findet die Aufnahme dieser Bestimmung angesichts Art. 42 Abs. 1 MStGB unbegreiflich.

¹¹ Die besonderen Bestimmungen in den kantonalen Einführungsgesetzen zum StGB über die Einziehung i. w. S. hat Böhler 89 bis 93 behandelt.

Lebenslauf

Ich wurde am 19. Februar 1923 als Sohn des Fritz Haemmerli und der Johanna, geb. Lüthy, in Langenthal geboren und besuchte dort während neun Jahren die Primar- und Sekundarschule. Nach dreieinhalbjährigem Besuch des Gymnasiums Burgdorf legte ich im Herbst 1942 die Maturitätsprüfung ab und folgte sodann zwei Semester lang den Vorlesungen an der juristischen Fakultät der Universität Genf. Hernach immatrikulierte ich mich an der juristischen Fakultät der Universität Bern. Vom Sommer 1943 bis zum Sommer 1945 leistete ich rund anderthalb Jahre Militärdienst. Im Frühjahr 1946 bestand ich die theoretische und im Herbst 1948 die praktische Fürsprecherprüfung. Seit dem Frühjahr 1949 arbeitete ich am Obergericht des Kantons Bern und hierauf als praktizierender Anwalt.

Herrn Prof. Dr. Max Waiblinger, unter dessen Anleitung die vorliegende Arbeit entstanden ist, danke ich auch an dieser Stelle für seine wertvollen Anregungen und Ratschläge bestens.

